UNIVERSITÉ DE POITIERS
FACULTÉ DE DROIT

DE LA
DÉTENTION PRÉVENTIVE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le lundi 15 janvier, à trois heures

DANS LA SALLE DES ACTES PUBLICS DE LA FACULTÉ

PAR

Louis MARCHESSEAU
Avocat

PARIS
A. CHEVALIER-MARESCQ & Cie, ÉDITEURS
20, RUE SOUFFLOT
—
1900

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547325_0030

UNIVERSITÉ DE POITIERS
FACULTÉ DE DROIT

DE LA
DÉTENTION PRÉVENTIVE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le lundi 15 janvier, à trois heures

DANS LA SALLE DES ACTES PUBLICS DE LA FACULTÉ

PAR

Louis MARCHESSEAU

Avocat

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

PARIS

A. CHEVALIER-MARESCQ & Cie, ÉDITEURS

20, RUE SOUFFLOT

—

1900

UNIVERSITÉ DE POITIERS

FACULTÉ DE DROIT

MM. LE COURTOIS (*, I ✪), Doyen, Professeur de Droit civil.

DUCROCQ (O. *, I ✪), Doyen honoraire, Professeur honoraire, Professeur honoraire à la Faculté de Droit de Paris, Correspondant de l'Institut.

THÉZARD (I ✪), Doyen honoraire, Professeur de Droit civil, Sénateur.

ARNAULT DE LA MÉNARDIÈRE (I ✪), Professeur de Droit civil.

NORMAND (I ✪), Professeur de Droit criminel, assesseur du Doyen.

PARENTEAU-DUBEUGNON (I ✪), Professeur de Procédure civile et Voies d'exécution.

ARTHUYS (I ✪), Professeur de Droit commercial et chargé du Cours de Droit maritime.

BONNET (I ✪), Professeur de Droit romain, chargé du Cours de Pandectes.

PETIT (I ✪), Professeur de Droit romain et chargé du Cours de Science et Législation financières.

BARRILLEAU (I ✪), Professeur de Droit administratif et chargé d'un Cours de Droit administratif pour le Doctorat.

SURVILLE (I ✪), Professeur de Droit international public et privé, et chargé d'un Cours de Droit civil.

PRÉVOT-LEYGONIE (A. ✪), Professeur d'Histoire du Droit public (Doctorat), de Droit constitutionnel comparé (Doctorat), et chargé d'un Cours de Principes du Droit public.

MICHON (A ✪), Professeur adjoint, chargé des Cours d'Histoire générale du Droit français et d'Eléments du Droit constitutionnel (1re année), et du Cours d'Histoire du Droit (Doctorat).

GIRAULT (A. ✪), Professeur d'Economie politique et chargé du Cours de Législation et Economie coloniales

AUDINET (A. ✪), Professeur à la Faculté de Droit de l'Université d'Aix Marseille, Professeur adjoint à la Faculté de Droit de l'Université de Poitiers, chargé du cours de Droit civil comparé (Doctorat) et des cours de Droit international public (Licence et Doctorat).

DUBOIS, chargé des Cours d'Economie politique (Doctorat) et d'Histoire des Doctrines économiques.

ISAMBERT, chargé de conférences.

ROCHE (I ✪). Secrétaire.

COULON (I ✪), Secrétaire honoraire.

COMMISSION

Président : M. NORMAND, professeur.

Suffragants { MM. ARNAULT DE LA MÉNARDIÈRE, professeur. AUDINET, professeur-adjoint.

INTRODUCTION

L'intérêt de l'Etat exige parfois la violation de certains intérêts particuliers; c'est ainsi qu'un citoyen peut être dépossédé par voie d'expropriation pour cause d'utilité publique, d'un immeuble qu'il avait légitimement acquis. Les atteintes ainsi portées au droit de propriété sont reconnues nécessaires, et acceptées par tous; mais il en est d'autres qui, bien que légitimes, ont soulevé et soulèvent encore de graves et nombreuses récriminations, ce sont celles qui portent sur la liberté individuelle; c'est notamment la mise en état de détention préventive, c'est-à-dire l'acte par lequel un homme est privé de sa liberté pendant un temps indéterminé, lorsque certaines circonstances le désignent aux autorités judiciaires comme l'auteur présumé d'une infraction grave à la loi pénale.

Pourquoi le législateur a-t-il admis cette institution? Plusieurs raisons peuvent être invoquées.

L'auteur de l'infraction pourrait se mettre à l'abri de toutes poursuites par une fuite dans un pays étranger, n'ayant pas avec le sien de traité d'extra-

dition. Il pourrait enfin agir sur les témoins et se ménager, grâce à des procédés blâmables d'intimidation des dépositions favorables.

La nécessité de la répression, tel est donc le véritable motif qui justifie l'incarcération d'un citoyen non convaincu d'un crime, mais effleuré par un soupçon. L'idée qu'exprimait comme il suit le lieutenant criminel Pierre Ayrault renferme toujours une part de vérité.

« Toutes nos autres raisons soient si belles et « bonnes que l'on voudra, ainsi que le style de notre « justice est composé, l'expérience nous monstre « que si les accusez ne tiennent prison, il est im- « possible d'en convaincre pas un ; il n'y a tesmoin « qui ose parler, ny jugement qui ne soit illu- « soire » (1).

De ce que la détention préventive est une injustice nécessaire, il s'ensuit qu'elle ne doit être ordonnée que lorsqu'il y a nécessité constatée, qu'elle doit être soumise à certaines formes destinées à prévenir les arrestations arbitraires ; qu'enfin, elle comporte certains tempéraments qui ont pour but soit d'en abréger la durée, soit d'en adoucir les conséquences. Une étude sur la détention préventive doit, pour être complète, envisager ces différents points.

1. Pierre Ayrault, *L'ordre, formalité et instruction judiciaire des anciens*, livre III, 1re partie, n° 30, page 418, édition quatriesme.

CHAPITRE PREMIER

HISTORIQUE DE LA DÉTENTION PRÉVENTIVE

SECTION I

La détention préventive en Grèce et à Rome.

La détention préventive existait dans la législation pénale attique. Elle avait pour but d'empêcher la fuite de l'accusé. Les textes nous en donnent des exemples nombreux, mais il est difficile de tirer de ces exemples une règle générale et de dire dans quels cas et dans quelles conditions la détention préventive était admise (1).

Il semble cependant résulter de certains discours de Démosthènes, que l'accusé était laissé en liberté

1. *Le droit pénal de la République athénienne*, par Thonissen, page 115.

avant le jugement, si trois citoyens répondaient de sa comparution (1).

A Rome, le roi et ses délégués ont, pendant les trois premiers siècles, l'administration de la justice (2). Ils poursuivent et jugent.

L'accusé est laissé en liberté sous caution ou confié à une personne honorable (Tite-Live, III, 13) (3).

L'organisation judiciaire eut bientôt à subir d'importantes modifications. La République donna au peuple réuni en comices le droit de juger, et à chaque citoyen le droit d'accuser.

Le peuple romain exerça d'abord ce droit directement, mais le nombre des crimes ayant augmenté, il dut le déléguer à des commissions qui devinrent permanentes ou tout au moins annuelles et qu'on désigna sous le nom de *quæstiones perpetuæ*. Ces commissions, qui étaient présidées par un prêteur

1. Faustin-Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, t. I, p. 23. A l'appui de cette opinion, on peut citer le passage suivant tiré du livre de Pierre Ayrault (*Ordre, formalités et instruction judiciaire des Anciens*, livre III, page 408) : « Quant à la pri-« son fermée, tant s'en faut qu'elle fust nécessaire à l'ins-« truction qu'à Athènes l'un des serments que prestoit le « magistrat, estoit de ne procéder par emprisonnement con-« tre citoyen quelconque, premier qui ne fust condamné. « Sinon en cas de crime de lèze majesté ou qu'il fust ques-« tion des fienances et thrésors de la République. »

2. Les délégués du roi étaient les *questores parricidii* et les *duoviri perduellionis*.

3. Henri Vallée, *Etude historique sur le droit criminel de Rome à l'époque royale*, thèse Caen, 1897.

ou par un *judex quæstionis*, étaient composées de citoyens (1).

Tout citoyen romain pouvait se porter accusateur. L'accusateur était complètement maître de l'action publique ; il avait, en outre, en vertu de la commission (lex) qui lui était donnée par le prêteur une partie des droits qui appartiennent aujourd'hui au juge d'instruction.

L'accusé traduit devant les comices ou les *questiones perpetuæ* restait maître de sa personne et pouvait, jusqu'au jour du jugement, se soustraire, par la fuite, aux conséquences d'une condamnation. La détention préventive n'était autorisée que dans trois cas indiqués par les lois 3 et 5 du titre III (Digeste, livre XLVIII) 1° lorsque le prévenu ne pouvait fournir de fidéjusseur ; 2° lorsque le crime était grave ; 3° lorsque le prévenu avouait.

Les femmes n'étaient jamais incarcérées avant le jugement. Si elles étaient accusées d'un crime très grave, elles étaient placées dans un couvent ou confiées à des femmes honorables (2).

Les *quæstiones perpetuæ* disparurent à la fin du premier siècle de l'ère chrétienne. Leurs attributions passèrent au Sénat et à certains fonctionnaires im-

1. L'organisation et le développement des *quæstiones perpetuæ* sont étudiés dans l'ouvrage suivant : *Traité de droit criminel*, par M. Normand, n° 60 et suivants, pages 42 à 49.

2. Novelle. CXXXVI, cap. IX.

périaux : le préfet de la ville, le préfet du prétoire, les gouverneurs de province... Le droit d'accusation cessa d'appartenir à tous les citoyens et fut également attribué à ces hauts fonctionnaires.

L'accusé, lorsque le crime était grave et les indices de culpabilité suffisants, pouvait être mis en état de détention préventive (1). Le magistrat avait un pouvoir discrétionnaire. Suivant le rang des personnes et la nature des délits qui leur étaient reprochés, il choisissait l'un ou l'autre des partis que la loi lui permettait de prendre. *De custodia reorum proconsul æxistimare solet utrum in carcerem, recipienda sit persona, an militi tradenda, vel fidejussoribus committenda, vel etiam sibi* (loi 1, Digeste, *de cust. reor.*).

Nous avons montré comment l'arrestation préalable après avoir été pendant la période Royale un acte anormal est devenue, à la fin de l'Empire, une mesure ordinaire d'instruction abandonnée à l'arbitraire d'un fonctionnaire impérial. Il nous reste à rechercher quelles ont été les causes de cette importante évolution.

Si la détention a été à peu près inconnue pendant les deux premiers siècles après la fondation de Rome, c'est non pour les mêmes raisons d'humanité et de justice qui conduisent les gouvernements modernes à en restreindre les applications,

2. Loi 3, Digeste, *De cust. reor.*, loi 5, *eod.*

mais parce que cette institution était alors inutile et contraire à certains principes sociaux,

L'incarcération préventive a, de nos jours, un double but ; assurer l'exécution du jugement et mettre le prévenu dans l'impossibilité de détruire les preuves matérielles de l'infraction ou de suborner des témoins.

Or, le citoyen romain laissé en liberté avant les débats était retenu à son foyer par des liens puissants. Il y était attaché par ses affections et ses croyances. Là était sa famille ; là était son culte. L'exil auquel il se serait volontairement soumis pour éviter une peine incertaine, constituait un châtiment rigoureux (1).

La détention préventive n'était donc pas nécessaire pour garantir la représentation de l'inculpé ; elle ne l'était pas davantage, devons-nous ajouter, pour faciliter l'instruction.

Jusqu'à la fin de l'Empire, il n'y a pas d'instruction préparatoire faite par un magistrat. L'accusateur est un simple citoyen ; il a le droit de réunir des renseignements ; mais il est placé sous la surveillance de celui qu'il accuse et il devient parfois lui-même le véritable accusé (2). L'instruction est

1. Henri Vallée, *loc. cit.*, page 106.

2. Charles Flamand, *De la procédure criminelle en droit romain*, pages 64 et suivantes. L'accusateur pouvait être poursuivi à raison de trois délits : la prévarication, la tergiversation, la calomnie.

faite à l'audience devant le peuple ou les *judices selecti*. Les deux parties citent et interrogent elles-mêmes leurs témoins. L'égalité doit exister entre elles. Cette égalité aurait été rompue, si l'accusé avait été mis par une arrestation dans l'impossibilité d'assurer sa défense.

A la fin de l'Empire, les mœurs et les coutumes judiciaires se modifièrent. Les croyances disparurent ou diminuèrent ; le droit d'accuser et de rassembler les preuves du délit cessa d'appartenir aux citoyens et passa aux mains des fonctionnaires impériaux. La détention préventive devint alors nécessaire.

SECTION II

De la détention préventive dans l'ancien droit français et dans le droit intermédiaire.

§ 1. — *De la détention préventive dans la procédure accusatoire des cours féodales.*

La détention préventive avait un rôle différent suivant le mode de procédure qui était adopté.

Le plus souvent il y avait accusation par la partie lésée (1). Les moyens de preuve étaient les épreuves

1. Beaumanoir, *Coutumes de Beauvoisis*, édition Beugnot, LXI, 2.

par l'eau et le fer ou ordalies, et le duel judiciaire. L'égalité entre les deux parties ne devant pas être rompue, l'une et l'autre devaient être incarcérées (1). Cependant si la bataille avait été gagée, les deux adversaires pouvaient être mis en liberté sous caution pour se préparer au combat : « En cas de « crieme ne doit pas estre fete ceste récréance, fors « en l'un des cas ; si comme quant gage sont doné « de vilain cas de partie contre autre ; en cel cas se « les parties se poent ostager par bons pleges qu'ils « revenront au jor, récréance lor doit estre fete, « porce qu'il se puissent porvéir d'aler avant, selonc « ce que le cas le désire » (2).

En cas de flagrant délit le duel judiciaire n'était pas admis. Toute personne pouvait arrêter le coupable et celui-ci était immédiatement jugé par le seigneur justicier (3).

Le troisième mode de procédure avait été créé pour remédier aux inconvénients de « l'accusation « par partie formée ».

Lorsqu'un seigneur justicier apprenait qu'un crime avait été commis, il ne pouvait en poursuivre la répression tant qu'un accusateur ne s'était pas présenté. On décida que le seigneur justicier pour-

1. *Etablissements de St-Louis*, I, 104.
2. Beaumanoir, *loc. cit.*, LIII, 4.
3. Beaumanoir, VII, 12 ; LXI, 2 ; Livre de Justice et de Plet, XIX, 44, § 14.

rait au moins s'emparer du prévenu et provoquer une accusation en faisant publier sa prise à son de trompe à trois assises différentes. Le prévenu attendait dans la prison seigneuriale l'arrivée d'un accusateur. On lui rendait sa liberté, si au bout de l'an et le jour, aucune accusation n'avait été intentée (1).

L'inculpé pouvait cependant éviter un aussi long internement, en acceptant d'être jugé sans accusateur. On facilitait même son acceptation en le privant de nourriture : « Il doit estre arresté par la « justice et mis en prison jusqu'à un an et jour à « peu de manger et boyre, s'il n'offre dedans ce « à soustenir l'enqueste du pays (2).

La détention préventive existe donc au XIIIe siècle, mais la récréance peut toujours être accordée si l'accusé n'encourre pas la « perte de vie ou de mem« bre » (3).

§ 2. — *De la détention préventive aux XIVe et XVe siècles.*

A cette époque, le juge au criminel peut être saisi de quatre manières « par dénonciation, par présent « meffaict, par accusation de partie formée, et par

1. Beaumanoir, *loc. cit.*, XXX, 90 ; Livre de Justice et de Plet, XIX, 26.

2. Beaumanoir, XXIV, 21.

3. Beaumanoir, LIII, 2 ; Livre de Justice et de Plet, XIX, 26, § 6.

« publique renommée dont enqueste et information « précédente est faicte » (1).

L'accusation de partie formée entraîne seule l'arrestation de l'accusateur.

Si aucun accusateur ne se présente et si l'accusé n'accepte pas l'enquête, l'infraction est jugée suivant la procédure extraordinaire.

Cette procédure comporte la torture. L'information est faite secrètement.

La liberté provisoire était peu compatible avec l'instruction préparatoire telle qu'elle était organisée dans cette procédure. Le registre criminel de Saint-Martin énumère cependant un certain nombre de cas où la liberté sous caution a été accordée (2).

§ 3. — *De la détention préventive d'après les ordonnances de 1498 et de 1539*

Les officiers royaux peuvent employer la procédure ordinaire ou la procédure extraordinaire. S'ils optent pour la procédure ordinaire, ils conservent le droit de mettre le prévenu en liberté sous caution (articles 108 et 119 de l'ordonnance de 1498).

L'ordonnance de 1539 règle ainsi la procédure criminelle ; le procès débute par une dénonciation

1. Boutellier, *Som. rur.*, I, 34.
2. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle*, page 119.

ou une constitution de partie civile. Les témoins sont entendus séparément et secrètement par le juge ou son délégué (art. 147). Le procureur donne ses conclusions par écrit et le juge « décerne telle « provision de justice qu'il verra estre à faire selon « l'exigence du cas » (article 145) (1).

La jurisprudence remédiant à l'insuffisance de l'ordonnance, admit deux décrets ; celui d'ajournement personnel et celui de prise de corps. Ce dernier entraînait la détention préventive et devait être exécuté par la force publique.

Les agents porteurs de ce mandat avaient le droit d'appréhender l'inculpé dans son domicile : « selon « le droict commun, il n'estait permis de prendre « aucun au corps dans sa maison, mais aujourd'hui on « le peut prendre en sa maison, pourvu que ce soit « de jour et non de nuict, et avec deux records, et « non avec grand assemblée de gens et port d'ar- « mes, et qu'on ne rompe rien en la maison et qu'on « n'y prenne rien : toutefois si les portes sont fer- « mées on les peut rompre » (2).

Les inculpés devaient être interrogés immédiatement après leur arrestation : « Seront incontinent « les délinquans tant ceux qui seront enfermez que

1. Les accusés comparaissaient seuls. Ils ne prenaient pas communication des pièces de l'information et devaient prêter serment de dire la vérité.

2. Imbert, pratique III, 3, nº 1.

« les adjournez à comparaître en personne, bien et « diligemment interrogés » (article 146).

Le magistrat décernait tel mandat qu'il croyait utile. Une information préalable n'était même pas nécessaire. On peut commencer par le décret, non seulement s'il y a flagrant délit, mais encore s'il s'agit « d'un homme non réséant, pauvre et non ayant « biens immeubles, ou que le délict soit tel qu'il « fust vraisemblable que quelques biens qu'il ait il « s'absentera... alors il est permis de prendre sans « information et par après la faire » (1).

Les garanties accordées à l'inculpé par l'ordonnance de 1539 étaient donc à peu près nulles. Quel que soit le délit, l'emprisonnement préalable était possible, et les formalités qui devaient l'accompagner étaient insuffisantes pour empêcher les arrestations arbitraires.

Si malgré ces imperfections cette législation a eu à subir peu de critiques, c'est qu'à cette époque troublée l'intérêt de la répression apparaissait comme dominant tous les autres (2).

1. Imbert, *loc. cit.*, III, 5, n° 2.

2. Imbert regrette cependant que l'ordonnance n'ait pas donné une énumération limitative des cas où le juge pouvait décréter une ordonnance de prise de corps. « Combien que « ce soit beaucoup arbitraire, si est-ce toutesfois qu'il seroit « bon de désigner par ordonnance expresse les cas pour « lesquels on pourroit décréter ordonnance de prise de corps « pour refresner la licence que plusieurs juges en cest en- « droit usurpent. » LIII, chap. 2, n° 4.

§ 4. — *De la détention préventive d'après l'ordonnance de 1670.*

La détention préventive fait l'objet du titre X : « Des décrets, de leur exécution et des élargisse- « ments ».

Les décrets sont au nombre de trois. « Selon la « qualité des crimes, des preuves et des personnes, « sera ordonné que la partie sera assignée pour « être ouïe, ajournée à comparaître en personne, ou « prise de corps » (article 2).

Seul le décret de prise de corps entraînait la détention préventive.

Certaines garanties étaient accordées à l'inculpé. Le juge d'instruction ne pouvait décerner le décret de prise de corps sans avoir entendu le procureur du roi dans ses conclusions. Une information devait nécessairement précéder le décret sauf dans le cas de flagrant délit et dans les hypothèses prévues par l'article 8 du titre X : « Pourra être décerné prise « de corps sur la seule notoriété pour crime de « duel, sur la plainte de nos procureurs contre les « vagabonds, et sur celle des maîtres pour les cri- « mes et délits domestiques ». Les domiciliés ne pouvaient être arrêtés que pour crimes punis de peines afflictives ou infamantes (article 19). Les prévenus acquittés étaient mis en liberté nonobstant

l'appel du ministère public (article 13, titre XXVI).

La mise en liberté sous caution paraît avoir été abandonnée : « les accusés contre lesquels il y aura « originairement décret de prise de corps, seront en « prison pendant le temps de la confrontation, et « en sera fait mention dans la procédure, si ce n'est « que, par nos cours en jugement des appellations, « il en ait été autrement ordonné » (article 12, titre XV).

Certaines mesures sont prises par l'ordonnance dans le but d'empêcher les détentions préventives trop prolongées. Les procureurs du roi doivent visiter les prisons une fois par semaine, pour y recevoir les plaintes des prisonniers. Ils doivent adresser en janvier et en juillet au Procureur général « un état « des écrous et recommandations non suivies de « jugement définitif, contenant la date des décrets, « écrous et recommandations, le nom, surnom, « qualité et demeure des accusés, et sommairement « le titre de l'accusation et l'état de la procédure » (article 20).

§ 5. — *La détention préventive de l'ordonnance de 1670, à la promulgation du code d'Instruction criminelle.*

Sous la Constituante, deux textes réglementèrent à nouveau l'instruction préparatoire, le décret des

8 et 9 octobre 1789, et la loi des 16 et 29 septembre 1791.

Le décret de 1789 admet la publicité de la procédure et l'assistance du conseil à tous les actes de l'instruction.

L'information avant le décret est secrète, mais le juge est assisté pendant cette première période, de deux citoyens (adjoints) élus par les municipalités ou les communautés d'habitants (article 2). Les décrets de prise de corps ne peuvent plus être rendus contre des domiciliés, que s'il s'agit d'un crime pouvant entraîner une peine corporelle. Ils doivent être prononcés par trois juges au moins ou par un juge et deux gradués (article 9).

L'accusé prend, dès le jour de son arrestation communication de toutes les pièces de l'information. Un conseil lui est nommé d'office s'il le désire ; un délai d'un jour lui est accordé pour prendre communication des pièces dont une copie lui est délivrée sans frais, s'il le requiert. Le défenseur nommé d'office ou choisi par le prévenu peut en tout temps voir les minutes (articles 12, 13, 14 et 15).

Cette loi est essentiellement libérale.

Aussi retrouvons-nous la plupart de ses dispositions dans la loi du 8 décembre 1897.

La loi des 16 et 29 septembre 1791 détermine très nettement les cas où la détention préventive est obligatoire et ceux où elle est facultative.

La détention préventive est obligatoire lorsque l'infraction emporte une peine afflictive et infamante.

Lorsque l'infraction entraînait une peine seulement infamante, les prévenus étaient laissés en liberté, « s'ils pouvaient trouver des amis qui vou- « lussent répondre pour eux qu'ils se représente- « raient à la justice s'ils en étaient requis, et donner « caution de cette promesse ».

Enfin la liberté provisoire est de droit, si le fait est puni d'une peine non infamante.

Le code des délits et des peines apporte des modifications peu importantes dans les règles, sur l'emploi des mandats et crée le mandat de comparution (1).

La loi du 7 pluviôse an XI ajoute un quatrième mandat ; le mandat de dépôt.

Le mandat de dépôt était décerné par le substitut du commissaire du gouvernement qui en informait le directeur du jury et lui transmettait les pièces dans les vingt-quatre heures.

Les demandes de liberté provisoire devaient être adressées à ce dernier magistrat, qui les accueillait ou les repoussait en tenant compte des règles anciennement établies par la loi des 16 et 29 septembre 1791, et par le Code de l'an IV (2).

1. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle*, page 445.

2. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle*, chapitre III, page 454.

Cette législation resta en vigueur jusqu'à la promulgation du Code d'Instruction criminelle.

Telle est, esquissée dans ses grandes lignes, l'histoire de la détention préventive.

Cette étude a son utilité. Elle nous permettra de nous convaincre, au cours de ce travail, que certaines réformes récentes ont été inspirées par le souvenir d'un passé meilleur et que les prétendues innovations législatives qui sont venues sur ce point, modifier le Code de 1808, n'ont été, le plus souvent que la résurrection de la législation plus libérale de l'époque révolutionnaire.

CHAPITRE II

DES ACTES QUI ONT POUR EFFET D'ENTRAINER LA DÉTENTION PRÉVENTIVE

TITRE I

DES MANDATS DE DÉPÔT ET D'ARRÊT

L'ordre de mise en arrestation préalable porte le nom de mandat. Les mandats donnant ouverture à la détention préventive sont au nombre de deux. Cette dualité est du reste plus nominale que réelle. Les différences profondes qui les séparaient se sont peu à peu effacées. A l'heure actuelle le mandat de dépôt est deveuu comme le sosie du mandat d'arrêt.

SECTION I

Du mandat de dépôt

Le mandat de dépôt est de beaucoup le cadet ; il

a été créé par la loi du 7 pluviôse an IX. Pour comprendre son utilité, il est nécessaire d'indiquer les grandes lignes de l'organisation judiciaire telle qu'elle résultait de cette loi.

Dans chaque arrondissement se trouvait un substitut du commissaire du gouvernement. Ce substitut lorsqu'un flagrant délit était commis, ou lorsque des indices suffisants étaient relevés à l'encontre d'un prévenu, décernait un mandat de dépôt et en informait dans les vingt-quatre heures le directeur du jury. Ce magistrat instruisait et communiquait l'instruction au substitut qui prenait des conclusions par écrit. C'est alors seulement que le directeur du jury, sur le vu des conclusions du ministère public accordait au prévenu la liberté provisoire, décernait contre lui un mandat d'arrêt ou rendait une ordonnance de non-lieu.

Voici du reste en quels termes Gillet défendit le mandat de dépôt très violemment attaqué : « le « mandat de dépôt est un mot nouveau dans le Code « criminel, mais la vérité, c'est que la chose n'est « pas nouvelle. L'instruction préparatoire, entre « l'instant où l'inculpé est saisi et celui où le man- « dat d'arrêt est délivré, n'est pas toujours si sim- « ple et si facile qu'on y puisse vaquer sur-le-champ « et tout d'une haleine... Or, pendant tout cet inter- « valle, il serait plus qu'imprudent de laisser l'in- « culpé en liberté..., le même officier de police

« exerce donc dès à présent sur la personne de l'in-
« culpé trois pouvoirs bien distincts : 1° il décerne
« le mandat d'amener ; 2° il ordonne que l'inculpé
« sera provisoirement retenu dans le cours de l'ins-
« truction dans le lieu qu'il indique, et c'est ce
« qu'on peut appeler mandat de dépôt ; 3° il décerne
« le mandat d'arrêt. Ces officiers étant répandus
« dans une multitude de communes où il n'y a pas
« de maison d'arrêt, il arrive qu'ils font souvent
« déposer l'inculpé tantôt dans un corps de garde,
« tantôt dans une auberge, souvent dans l'ancienne
« prison seigneuriale, et quelquefois même jusque
« dans le clocher du village... Suivant l'article 7, le
« prévenu ne peut plus être déposé que dans la
« maison d'arrêt, et sous ce rapport le mandat de
« dépôt attribué au ministère public, est déjà bien
« moins irrégulier et bien moins alarmant que ces
« ordonnances de retenue provisoire qui émanent
« des juges de paix. »

Le mandat de dépôt apparaît donc dans notre législation avec le caractère d'une mesure provisoire et il a conservé ce même caractère en passant dans le Code d'instruction criminelle.

Le mandat de dépôt, comme les autres mandats, est en principe décerné par le juge d'instruction ou par les magistrats appelés à en remplir les fonctions. Les magistrats ou juridictions appelés à remplir les fonctions de juge d'instruction sont :

1° le conseiller rapporteur de la Chambre des mises en accusation (article 237, Code d'instruction criminelle) ; 2° le tribunal correctionnel (article 193, Code d'instruction criminelle) ; 3° le premier président de la Cour de cassation (article 490, Code d'instruction crimirelle) ; 4° le président de la commission de la Haute Cour de justice (article 8, de la loi du 10 avril 1889). Tous ces magistrats peuvent également décerner un mandat d'arrêt.

Le mandat de dépôt peut, en outre, émaner du procureur de la République. Avant la loi du 8 décem-1897, il en était ainsi dans trois cas :

1° Lorsque deux jours après la délivrance du mandat d'amener, un prévenu était trouvé hors de l'arrondissement de l'officier qui avait délivré le mandat et à une distance de plus de cinq myriamètres du domicile de cet officier, le procureur de la République de l'arrondissement où le prévenu avait été trouvé, décernait contre lui un mandat de dépôt (ancien article 100, Code d'instruction criminelle). Cet article 100 a été modifié par l'article 4 de la loi du 8 décembre 1897, ainsi conçu : « Si l'inculpé a « été trouvé hors de l'arrondissement ou a été « délivré le mandat et à une distance de plus de « dix myriamètres du chef-lieu de cet arrondisse- « ment, il est conduit devant le procureur de la « République de celui où il a été trouvé. Le procu- « reur de la République l'interroge sur son identité,

« reçoit ses déclarations après l'avoir averti qu'il « est libre de ne pas en faire, l'interpelle afin de « savoir s'il consent à être transféré ou s'il préfère « prolonger les effets du mandat d'amener en atten- « dant au lieu où il se trouve la décision du juge « d'instruction saisi de l'affaire. Si l'inculpé déclare « s'opposer au transfèrement, avis immédiat en est « donné a l'officier qui a signé le mandat. Le pro- « cès-verbal de la comparution contenant un signa- « lement complet est transmis sans délai à ce magis- « trat avec toutes les indications propres à faciliter « la reconnaissance d'identité. Il doit être fait men- « tion au procès-verbal de l'avis donné à l'inculpé « qu'il est libre de ne pas faire de déclaration. »

2° En cas de flagrant délit, le procureur de la République peut faire certains actes d'instruction. Si quelqu'un malgré sa défense, cherche à s'éloigner du lieu du délit, le procureur de la République pourra le mettre sous mandat de dépôt.

Tel est le sens de l'article 34 du Code d'instruction criminelle. « Il (le procureur de la Républi- « que) pourra défendre que qui que ce soit sorte de « la maison, ou s'éloigne du lieu, jusqu'après la « clôture de son procès-verbal. Tout contrevenant « à cette défense sera, s'il peut être saisi, déposé « dans la maison d'arrêt. La peine encourue pour « la contravention sera prononcée par le juge d'Ins- « truction ».

3° Si un délit flagrant ou assimilé au flagrant délit a été commis, le procureur de la République a, en vertu de la loi du 20 mai 1863, le droit de faire mettre l'inculpé sous mandat de dépôt. Il ne suffit pas, pour que le procureur de la République puisse décerner un mandat de dépôt, qu'il y ait délit flagrant, il faut encore que la poursuite ait lieu dans la forme prescrite par la loi du 20 mai 1863. Ce mandat de dépôt est d'une nature particulière. Il a une durée restreinte. Le prévenu doit être traduit à l'audience le jour même, ou au plus tard le lendemain. Le mandat de dépôt doit être confirmé par le Tribunal si celui-ci renvoie l'affaire à une audience ultérieure. Cette confirmation donne au mandat de dépôt la durée indéfinie qu'il a dans la procédure ordinaire. On admet que si le tribunal ne statuait pas sur la détention, le mandat de dépôt devrait être considéré comme tacitement confirmé (1).

Avant la loi du 20 mai 1863, la jurisprudence ne reconnaissait au procureur de la République le droit de décerner un mandat de dépôt que lorsqu'il s'agissait d'un crime.

L'article 43 du Code d'instruction criminelle en vertu duquel ce droit était accordé aux magistrats du parquet, employait en effet la formule suivante :

1. Laborde, *Cours élémentaire de droit criminel*, n° 1093.

« Le procureur de la République, au dit cas de fla-
« grant délit, et lorsque le fait sera de nature à en-
« traîner une peine affictive ou infamante, fera sai-
« sir les prévenus présents contre lesquels il
« existait des indices graves.... ». Il est évident que ce droit n'a pas été enlevé au procureur de la République par la loi du 20 mai 1863, mais a été au contraire étendu dans les conditions qui viennent d'être indiquées.

Doit-on ranger les préfets parmi les fonctionnaires pouvant décerner un mandat de dépôt ou d'arrêt?

La question est controversée. Elle le sera probablement jusqu'au jour bien lointain peut-être où un texte clair viendra remplacer l'article 10 du Code d'instruction criminelle ainsi libellé. « Les préfets
« des départements, et le préfet de police à Paris
« pourront faire personnellement, ou requérir les
« officiers de police judiciaire, chacun en ce qui
« le concerne,de faire tous actes nécessaires à l'effet
« de constater les crimes, délits et contraventions,
« et d'en livrer les auteurs aux tribunaux chargés
« de les punir, conformément à l'article 8 ci-dessus ».

Parmi les nombreuses explications qui ont été données, une surtout semble respecter les règles les plus élémentaires de l'interprétation. L'article 10 du Code d'instruction criminelle refuserait au préfet le droit de mettre un prévenu en état de détention préventive et l'autoriserait seulement à décerner

contre lui un mandat d'amener ou de comparution.

Le pouvoir donné aux préfets par l'article 10 du Code d'instruction criminelle est un pouvoir exagéré et constitue une atteinte au principe de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire. Le texte qui l'établit doit donc faire l'objet d'une interprétation restrictive.

Or, l'article 10 du Code d'instruction criminelle n'a pas donné au préfet le droit de mettre un prévenu en état de détention préventive, il lui a donné seulement le droit de « livrer les auteurs d'une in- « fraction aux tribunaux chargés de les punir ».

Reconnaître aux préfets le droit de décerner un mandat de dépôt ou d'arrêt, c'est donc élargir sans motif le cercle des attributions de ces hauts fonctionnaires (1).

Quoi qu'il en soit la jurisprudence et un grand nombre d'auteurs répudient cette opinion (2).

Des arrêts nombreux ont reconnu aux préfets le droit d'ordonner des perquisitions, saisies, exper-

1. Legraverend, *Législation criminelle*, tome I, page 161 ; Faustin-Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, tome IV, page 183 ; Ortolan et Bonnier, *Eléments de droit pénal*, tome II, page 428, éd 1875 ; Flamand, *loc. cit.*, n° 64 ; Dalloz, Supplément, *Répertoire*, V° Procédure criminelle, n° 386.

2. Garraud, *Précis de droit criminel*, n° 437 ; Laborde, *Cours élémentaire de droit criminel*, n° 949 ; Boitard, *Leçons de droit criminel*, 13e édition, n° 53 ; Mangin, *Traité des procès-verbaux*, n° 63.

tises et enquêtes, de faire procéder à l'arrestation des personnes inculpées d'un crime ou délit même non flagrant et de les maintenir en état de détention préventive. Ils ont investi les préfets de toutes les attributions des juges d'instruction et les ont soumis aux règles prescrites par le Code d'instruction criminelle (1).

Ainsi, d'une façon générale, le mandat de dépôt et le mandat d'arrêt ne peuvent être décernés que par le juge d'instruction ou les magistrats qui en font fonction. C'est la conséquence d'une règle fondamentale de la procédure pénale : celle de la séparation des actes de poursuite et d'instruction. Par exception et dans certains cas où il y a urgence constatée, le législateur donne au procureur de la République partie poursuivante le droit de décerner un mandat de dépôt et prend le soin d'en limiter étroitement les effets.

Le droit de décerner un mandat de dépôt ou d'arrêt est-il susceptible d'être délégué?

Le Code d'instruction criminelle contient un texte formel. C'est l'article 283. « Dans tous les cas où « les procureurs de la République et les présidents « sont autorisés à remplir les fonctions d'officier de

1. Crim. rej., 16 août 1862, D. P. 65, V, 230; Chambres réunies, Cass. 21 novembre 1853, D. P. 53. 1. 279; Crim. rej. 19 janvier 1866, D. P. 67. 1. 505; Lyon, 23 juillet 1872, D. P. 74. 2. 20.

« police judiciaire ou de juge d'instruction, ils pour-
« ront déléguer au procureur de la République,
« au juge d'Instruction et au juge de paix même
« d'un arrondissement communal voisin du lieu du
« délit, les fonctions qui leur sont respectivement
« attribuées, autres que le pouvoir de délivrer les
« mandats d'amener, de dépôt et d'arrêt contre les
« prévenus ».

Cette interdiction a une base juridique.

Les actes d'instruction seuls peuvent faire l'objet de délégation. Or, la délivrance des mandats ne constitue pas un acte d'instruction, mais un acte de juridiction.

La Cour de cassation admet une exception à cette règle dans l'hypothèse prévue par l'article 484 du Code d'instruction criminelle.

Lorsqu'un membre du tribunal a commis, dans l'exercice de ses fonctions un crime emportant la peine de forfaiture ou une autre plus grave. « Les
« fonctions dévolues au procureur de la République
« et au juge d'instruction sont remplies par le pre-
« mier président et le procureur général, chacun
« en ce qui le concerne, ou par tels autres officiers
« qu'ils auront respectivement et spécialement dé-
« signés à cet effet. »

Le premier président peut, en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par cet article déléguer à un magistrat la faculté de décerner un mandat. Ce

droit lui a été reconnu par un arrêt de la Cour de cassation du 5 mars 1841 (1).

Les mandats de dépôt et d'arrêt sont soumis à certaines formalités. Ces formalités sont indiquées par l'article 95. « Les mandats de comparution, « d'amener et de dépôt seront signés par celui qui « les aura décernés et munis de son sceau. Le pré- « venu y sera nommé et désigné le plus clairement « qu'il sera possible ». Ces formalités sont communes à tous les mandats.

Les mandats doivent en outre être datés. Cette exigence paraît résulter de l'article 637 du Code d'instruction criminelle et surtout de l'ancien article 100 du même Code, qui donnait au procureur de la République l'ordre de mettre sous mandat de dépôt le prévenu trouvé plus de deux jours après la délivrance du mandat d'amener et hors de l'arrondissement de l'officier qui avait décerné ce dernier mandat (2).

Quelle est la sanction de l'inobservation de ces formes ? La loi est muette sur le point de savoir si leur inobservation entraîne la nullité du mandat. Le législateur édicte seulement contre le greffier qui a rédigé un mandat irrégulier, une amende de 50 fr. au moins, et contre le juge d'instruction et le procureur de la République l'injonction s'il y a lieu, et

1. Dalloz P. 1841. 1. 358.

2. Dalloz, *Répertoire alph.*, V. Instruction criminelle, n° 649 ; Flamand, *loc. cit.*, n° 41.

la prise à partie si il y échet (article 112 du Code d'instruction criminelle).

Ce silence a fait naître une controverse.

Certains auteurs font remarquer que le législateur n'a pas édicté de nullité en cette matière et qu'il a même retranché, lors de la séance du 24 juin 1808, le paragraphe final de l'article 119 du projet, qui frappait de nullité les mandats ne satisfaisant pas aux conditions prescrites par la loi (1).

Les autres auteurs déclarent que le Code d'instruction criminelle a prononcé la nullité des mandats irréguliers. Ils s'appuient sur l'article 609 du Code d'instruction criminelle et sur l'article 77 de la constitution du 22 frimaire an VIII, qui a été maintenu en vigueur par l'article 615 du Code d'instruction criminelle (2). La formule employée par la constitution de l'an VIII était la suivante. « Pour « que l'acte qui ordonne l'arrestation d'une personne « puisse être exécuté, il faut : 1° qu'il exprime for- « mellement le motif de l'arrestation et la loi en « exécution de laquelle elle est ordonnée ; 2° qu'il « émane d'un fonctionnaire à qui la loi a donné « formellement ce pouvoir ; 3° qu'il soit notifié à la

1. Mangin, *Instruction écrite*, n° 139.

2. Faustin-Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, tome IV, n° 1971 ; Boitard, *Leçons de droit criminel*, n° 614 ; Duverger, *Manuel du juge d'instruction*, t. II, n° 396 ; Garraud, *loc. cit.*, n° 456, page 595 ; Sarraute, *Manuel théorique et pratique du juge d'instruction*, n° 503 ; Laborde, *loc. cit.*, n° 1034.

« personne arrêtée et qu'il lui en soit laissé co-
« pie. »

La formule de l'article 609 est presque identique. « Nul gardien ne pourra, à peine d'être poursuivi « et puni comme coupable de détention arbitraire, « recevoir, ni retenir aucune personne qu'en vertu « soit d'un mandat de dépôt, soit d'un mandat « d'arrêt décerné selon les formes prescrites par la « loi... »

Dire comme l'article 77 de la constitution de l'an VIII que les mandats irréguliers ne devront pas être exécutés, ou dire, comme l'article 609 du Code d'instruction criminelle, que le gardien qui recevra une personne en vertu d'un mandat irrégulier sera coupable de détention arbitraire, n'est-ce pas affirmer de la façon la plus explicite la nullité des mandats qui ne satisfont pas aux conditions exigées par le législateur.

Il était raisonnable de le penser et la Cour de cassation a adopté cette opinion en déclarant « que « d'après l'article 4 de la charte constitutionnelle, « l'article 77 de la loi du 22 frimaire an VIII et l'ar- « ticle 609 du Code d'instruction criminelle rap- « prochés des articles 95 et 96 de ce Code, les « formalités prescrites par ces deux derniers ar- « ticles pour les mandats sont substantielles à ces « actes, et que leur omission doit conséquemment « en faire prononcer la nullité, quoique le Code

« d'instruction criminelle ne l'ait pas expressément « ordonné » (1).

L'annulation des mandats doit être demandée à la Chambre des mises en accusation, et à elle seule (2). Elle ne pourrait être demandée pour la première fois devant la Cour de cassation (3).

L'exécution des mandats est soumise à certaines formalités. L'énumération nous en est donnée par les articles 97 et 98 du Code d'instruction criminelle.

« Les mandats de comparution, d'amener, de dé- « pôt ou d'arrêt seront notifiés par un huissier ou « par un agent de la force publique, lequel en fera « l'exhibition au prévenu, et lui en délivrera « copie. Le mandat d'arrêt sera exhibé au prévenu, « alors même qu'il serait déjà détenu et il lui en « sera délivré copie. »

« Les mandats de comparution, d'amener, de « dépôt et d'arrêt seront exécutoires dans toute « l'étendue de la République. Si le prévenu est « trouvé dans l'arrondissement de l'officier qui aura « délivré le mandat de dépôt ou d'arrêt, il sera con- « duit devant le juge de paix ou son suppléant, et, « à leur défaut, devant le maire ou adjoint du maire,

1. Chambre criminelle, Cassation 5 sept. 1817 cité dans Dalloz, *Répert. alph.*, V. Instruction criminelle, n° 650.

2. Crim. rej. 16 août 1873, *Bull. crim.*, n° 233; 5 février 1875, *Bull. crim.* n° 40.

3. Crim. Cass. 1er déc. 1887, D. P. 88. 1. 89.

« ou le commissaire de police du lieu, lequel vi-
« sera le mandat sans pouvoir en empêcher l'exé-
« cution ».

Le principe de la séparation des actes de poursuite et d'instruction devait amener le législateur à donner au procureur de la République seul le droit de faire exécuter les différents mandats émanant du juge d'instruction.

Telle est en effet la règle qui a été consacrée par l'article 28 du Code d'instruction criminelle. « Les « procureurs de la République pourvoiront à l'envoi, « à la notification et à l'exécution des ordonnances « qui seront rendues par le juge d'instruction d'après « les règles qui seront ci-après établies au chapitre « des juges d'instruction (1) ».

Le procureur de la République charge des huissiers ou le plus souvent des agents de la force publique de faire exécuter les mandats de dépôt ou d'arrêt. Le porteur du mandat se fait assister d'une force suffisante pour que le prévenu ne puisse se soustraire à la loi. Il exhibe le mandat au prévenu, lui en délivre copie et le conduit sans délai dans la maison d'arrêt indiquée par le mandat (art. 110, Code d'instruction criminelle).

La jurisprudence admet que le défaut de notification des mandats n'est une cause de nullité que si

1. Cette règle souffre cependant exception dans le cas de flagrant délit.

ce défaut de notification a porté atteinte aux droits de la défense (1).

Si le prévenu est trouvé dans l'arrondissement de l'officier qui aura délivé le mandat de dépôt ou d'arrêt, il sera conduit devant le juge de paix ou devant un des officiers de police judiciaire indiqués par l'article 98 (Code d'instruction criminelle).

Quel sera le rôle de cet officier ?

Devra-t-il seulement viser le mandat sans pouvoir en empêcher l'exécution ou pourra-t-il refuser son visa s'il estime que le mandat est irrégulier ou qu'il ne s'applique pas à la personne arrêtée ?

Il paraît juste de penser contrairement à l'opinion émise par M. Mangin (Instruction écrite, tome 1, nos 155 et 156), que le juge de paix devra refuser son visa en cas d'irrégularité du mandat ou d'erreur sur la personne. Comment, dans l'opiniou contraire, justifier son intervention ? Il y aurait, du reste, quelque chose d'illogique à mettre un officier de police dans la nécessité d'apposer son visa sur un mandat irrégulier, alors qu'un gardien d'une maison d'arrêt ne pourrait recevoir un prévenu, sur la représentation de ce mandat, sans se rendre coupable de détention arbitraire (art. 609 du Code d'instruction criminelle).

1. Cassation, 31 janvier 1834 rapporté dans Dalloz, *Répertoire alph.*, V. Instruction criminelle, n° 661 ; Crim. rej. 5 février 1875, *Bull. crim.*, n° 40 ; Cass. 24 février 1883, aff. Holden, D. P. 84. 1. 92.

Le prévenu peut être absent de son domicile au moment où l'agent de la force publique se présente pour lui notifier le mandat de dépôt ou d'arrêt dont il est porteur. Le devoir du porteur du mandat, lui est tracé par l'article 109 (Code d'instruction criminelle). « Si le prévenu ne peut être saisi, le mandat « d'arrêt sera notifié à sa dernière habitation, et il « sera dressé procès-verbal de perquisition. Ce pro- « cès-verbal sera dressé en présence des deux plus « proches voisins du prévenu que le porteur du « mandat d'arrêt pourra trouver ; ils le signeront ; « ou, s'ils ne veulent pas signer, il en sera fait « mention, ainsi que de l'interpellation qui en aura « été faite. Le porteur du mandat d'arrêt fera en- « suite viser son procès-verbal par le juge de paix « ou son suppléant, ou, à son défaut, par le maire, « l'adjoint, ou le commissaire de police du lieu, et « lui en laissera copie. Le mandat d'arrêt et le pro- « cès-verbal seront ensuite remis au greffe du tri- « bunal ».

Le porteur du mandat de dépôt est soumis aux mêmes obligations que le porteur du mandat d'arrêt. L'un et l'autre doivent en outre et conformément à l'article 77 du décret du 18 juin 1811, donner copie du mandat au commissaire général de police, à son défaut au commandant de la gendarmerie, et, à Paris, au préfet de police.

L'effet principal des mandats de dépôt et d'arrêt

est de donner au porteur de ces mandats le droit de s'assurer de la personne de l'inculpé et d'opérer son transfèrement dans une maison d'arrêt.

Le porteur du mandat pourra également, pour en assurer l'exécution, s'introduire dans le domicile des personnes contre lesquelles les mandats ont été lancés, et ce, sans l'assistance d'un officier de police judiciaire (Crim. rej. 12 juin 1824, aff. Marin, répertoire Dalloz, v. Inst. criminelle n° 316) (1).

Si le prévenu se trouve dans une habitation autre que la sienne, le porteur du mandat ne pourra y pénétrer sans un mandat spécial de perquisition.

A l'appui de cette opinion, on peut citer l'article 293 du décret sur la gendarmerie du 1er mars 1854, qui prescrit aux gendarmes de garder à vue la maison d'un particulier où s'est réfugié un individu sous le coup d'un mandat d'arrestation et d'investir l'immeuble « en attendant les ordres nécessaires « pour y pénétrer, ou l'arrivée de l'autorité qui a « le droit d'exiger l'ouverture de la maison pour y « faire l'arrestation de l'individu réfugié ».

Les mandats de dépôt et d'arrêt peuvent-ils être mis à exécution après le coucher du soleil, lorsque les inculpés contre lesquels ils ont été décernés se trouvent dans un domicile privé ?

1. Mangin, *Traité de l'instruction écrite,* n° 150 ; Blanche, *Etudes pratiques sur le Code pénal,* t. III, n° 453 ; Garraud, *Traité de droit criminel,* t. III, p. 436 ; Chauveau et Hélie, *Théorie du Code pénal,* t. III, n° 867.

Doit-on admettre, dans cette hypothèse, une exception à l'article 76 de la Constitution de l'an VIII, qui proclame dans les termes suivants l'inviolabilité du domicile ? « La maison de toute personne habi-« tant le territoire français, est un asile inviolable. « Pendant la nuit, nul n'a le droit d'y entrer que « dans le cas d'incendie, d'inondation, ou de récla-« mation faite de l'intérieur de la maison ».

Les partisans de l'affirmative font valoir que l'article suscité n'a pas prévu le cas de l'exécution des mandements de justice ; qu'il a été édicté pour assurer la tranquillité des citoyens, et que ce serait aller contre ce but, que refuser aux agents de la force publique le droit de s'assurer, pendant la nuit, de la personne des malfaiteurs.

En sens contraire, on fait remarquer avec plus de raison encore, qu'aucune dérogation formelle n'a été apportée par le Code d'instruction criminelle, à l'article 76 de la constitution de l'an VIII, et que les termes de cet article ont été reproduits par l'article 291 du décret du 1er mars 1854 sur la gendarmerie (1).

1. En ce sens : Mangin, *loc. cit.*, n° 150 ; Chauveau et Hélie, *Théorie du Code pénal*, t. III, n° 864 ; contre Garraud, *Précis de droit criminel*, p. 437 ; Achille Morin. *Journal du droit criminel*, 1870, p. 161, n° 9013.

SECTION II

Du mandat d'arrêt.

Le mandat d'arrêt était appelé dans l'ancien droit, décret de prise de corps. Il était et il est encore, en théorie du moins, le mode normal de mise en état de détention préventive.

Le mandat d'arrêt est soumis à toutes les formalités auxquelles est soumis le mandat de dépôt. Il doit en outre contenir « l'énonciation du fait pour « lequel il est décerné et la citation de la loi qui dé- « clare que ce fait est un crime ou un délit » (article 96. Code d'instruction criminelle).

Le mandat d'arrêt doit être précédé des conclusions du procureur de la République. Ces conclusions sont nécessaires, mais elles ne lient nullement le juge d'instruction. Si le juge d'instruction refusait de faire droit aux conclusions du procureur de la République, cedernier pourrait attaquer, par la voie de l'opposition, l'ordonnance du magistrat instructeur (1).

Ces formalités spéciales avaient leur raison d'être

1. Le président de la Commission de la Haute-Cour peut décerner un mandat d'arrêt sans appeler le ministère public à donner ses conclusions (loi du 10 avril 1889, art. 8, § 4).

au moment de la promulgation du Code d'instruction criminelle. Dans l'esprit du législateur, le mandat d'arrêt était une mesure définitive et un acte de juridiction.

L'effet principal du mandat d'arrêt, comme celui du mandat de dépôt est d'autoriser l'agent de la force publique, porteur du mandat, à mettre l'individu auquel s'applique le mandat en état de détention préventive.

Le mandat d'arrêt produit en outre deux effets particuliers : 1° l'exécution du mandat d'arrêt donne lieu à un droit de capture (Décret du 18 juin 1811, art, 71 § 5 et § 6.— Décret du 7 avril 1813, art. 6 ; 2° le montant d'arrêt détermine le rang du privilège du trésor pour le recouvrement des frais de justice. Les hypothèques légales ayant un rang indépendamment de l'inscription et existant avant le mandat d'arrêt priment le privilège du trésor (art. 4 de la loi du 5 septembre 1807, § 3).

Avant la loi du 14 juillet 1865, une différence plus importante aurait dû être signalée. Le mandat d'arrêt avait alors des effets plus durables que le mandat de dépôt, en ce sens que le juge d'instruction qui avait le droit de donner main-levée du mandat de dépôt ne pouvait en aucun cas donner main-levée du mandat d'arrêt.

SECTION III

Des voies de recours contre les mandats de dépôt et d'arrêt.

La doctrine et la jurisprudence admettent que le ministère public a le droit de faire appel de la décision par laquelle le juge d'instruction refuse de décerner le mandat par lui requis (1).

Si le ministère public obtient gain de cause, la Chambre des mises en accusation, saisie par l'opposition, devra-t-elle décerner elle-même le mandat ou obliger le juge d'instruction à le décerner ?

Ces deux solutions sont contraires aux principes de notre droit, car, d'une part, ainsi que le dit M. Duverger (tome II, p. 419. *Manuel du juge d'instruction*) « il est contraire à toutes les règles de pro-« cédure, qu'une juridiction dont la sentence est « réformée, soit tenue d'exécuter l'arrêt de réfor-« mation ». D'autre part, il est inadmissible qu'une juridiction puisse s'immiscer dans une instruction dont elle n'est pas chargée (2).

1. Dalloz, *Répert. alph.*, V. Instruction criminelle, n° 636 ; Faustin-Hélie, *loc. cit.*, tome V, p. 178; Cassation crim. aff. Gamache, 18 février 1831.

2. Un arrêt de la Cour d'Angers du 25 février 1853, après avoir réformé une ordonnance d'un juge d'instruction, a ce-

La chambre des mises en accusation devra donc évoquer le procès et nommer un conseiller instructeur qui décernera les mandats et fera tous actes d'instruction qui seront nécessaires.

Le droit de former opposition aux mandats d'arrêt ou de dépôt n'appartient qu'au ministère public (art. 135 du Code d'instruction criminelle, §§ 2 et 3).

Les mandats peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation. L'annulation, si elle est prononcée, rend la détention illégale, mais n'influe pas sur la validité de la procédure (Dalloz, *repert.* V. Inst. crim., n° 654).

TITRE II

DE L'ORDONNANCE DE PRISE DE CORPS

Lorsque la chambre des mises en accusation, saisie d'une demande de renvoi devant la cour d'assises, estime que le fait poursuivi doit être qualifié crime et que les présomptions de culpabilité sont graves, elle rend un arrêt de renvoi devant la cour d'assises.

La chambre des mises en accusation doit insérer

pendant ordonné à ce magistrat de « décerner les dits man-
« dats en exécution seulement de l'arrêt ».

dans l'arrêt de renvoi une ordonnance dite ordonnance de prise de corps. En vertu de cette ordonnance, l'accusé est transféré dans la maison de justice établie près la cour où il a été renvoyé.

Cette ordonnance doit contenir les noms, prénoms, âge, lieu de naissance, domicile et profession de l'accusé ; elle doit contenir en outre, à peine de nullité, l'exposé sommaire et la qualification légale du fait objet de l'accusation (art. 232, Code d'instruction criminelle).

TITRE III

DU POINT DE DÉPART DE LA DÉTENTION PRÉVENTIVE.

Un citoyen peut être privé temporairement de sa liberté sans qu'un mandat de dépôt ou d'arrêt ou une ordonnance de prise de corps aient été décernés contre lui. Cette situation se présente notamment dans le cas prévu par les articles 16 et 106 du Code d'instruction criminelle et par l'article 1[er] de la loi du 20 mai 1863 (1).

1. L'article 1 de la loi du 20 mai 1863 a étendu aux particuliers le droit d'arrestation en cas de délit flagrant. Avant la loi du 20 mai 1863, ce droit ne leur appartenait que s'il s'agissait d'une infraction emportant peine afflictive ou infamante.

Il ressort de ces articles que, en cas de crime ou de délit flagrant, tout agent de la force publique et même toute personne doit saisir l'inculpé et le conduire devant le magistrat compétent.

L'individu ainsi arrêté sera transféré, et quelquefois un délai assez long s'écoulera entre le moment de l'incarcération et le moment où cette incarcération sera régularisée par la délivrance d'un mandat de dépôt ou d'arrêt.

Devra-t-on considérer le prévenu comme étant en état de détention préventive depuis le jour de l'arrestation ? L'intérêt de la question apparaîtra surtout lorsque seront examinés les effets de la detention préventive sur l'exécution des peines prononcées.

Il est facile d'y répondre dès maintenant en examinant les principes qui régissent la matière de l'emprisonnement préalable. La détention préventive ne peut s'entendre que d'une incarcération légale. Or il ne saurait y avoir d'incarcération légale en dehors des cas limitativement énumérés par l'article 609 du Code d'instruction criminelle.

La jurisprudence est constante sur ce point et elle s'est affirmée dans un arrêt récent de la Cour de cassation qui peut ainsi être résumé.

La détention, dans le sens juridique du mot, est une mesure d'instruction qui ne commence qu'au moment où le magistrat, après avoir interrogé l'inculpé délivre contre lui un mandat de dépôt ou

d'arrêt, et le fait conduire à la maison d'arrêt dans laquelle son incarcération est régularisée par une inscription sur le registre d'écrou. Et la loi du 15 novembre 1892 en décidant que la détention préventive serait intégralement déduite de la peine prononcée, à moins qu'il n'en ait été autrement ordonné, a laissé à ce terme sa valeur légale, et n'a ni expressément, ni tacitement dérogé à cet égard aux dispositions du Code d'instruction criminelle (1).

Il est sans doute regrettable, de ne pas pouvoir imputer sur la peine prononcée l'emprisonnement compris entre l'arrestation et la régularisation de la détention, mais cet emprisonnement sera la plupart du temps, de très courte durée, et s'il en était autrement, le tribunal aurait le droit et le devoir d'en tenir compte lors de la fixation de la peine.

Une situation analogue à celle qui vient d'être examinée est celle du prévenu retenu à la disposition de la justice en vertu d'un mandat d'amener.

Le mandat d'amener peut être défini, l'ordre donné par un juge d'instruction à un agent de la force publique de faire comparaître un inculpé devant lui. A la différence du mandat de comparution,

1. Cass. Chambre crim., 16 mars 1893, *Gaz. Palais*, 1893. 1. 494. Voir dans le même sens un arrêt de la Cour d'appel de Douai, Chambre Cor. 8 février 1893, *Gazette du Palais*, 1894. 1. 215.

le mandat d'amener peut être exécuté *manu militari.*

Le prévenu ainsi mis en arrestation doit être interrogé dans les vingt-quatre heures, La loi du 8 décembre 1897 a édicté certaines mesures dans le but d'assurer l'application rigoureuse de cette règle.

« A l'expiration de ce délai, l'inculpé sera con-
« duit d'office et sans aucun nouveau délai, par les
« soins du gardien chef, devant le procureur de la
« République, qui requérera du juge d'instruction
« l'interrogatoire immédiat.

« En cas de refus, d'absence ou d'empêchement
« dûment constaté du juge d'instruction, l'inculpé
« sera interrogé sans retard, sur les réquisitions du
« ministère public, par le président du tribunal ou
« par le juge qu'il désignera. A défaut de quoi le
« procureur de la République ordonnera la mise en
« liberté immédiate de l'inculpé.

« Tout inculpé arrêté en vertu d'un mandat d'a-
« mener, qui en violation du paragraphe précé-
« dent aura été maintenu pendant plus de vingt-
« quatre heures dans la maison d'arrêt ou de
« dépôt sans avoir été interrogé par le juge d'in-
« struction, ou conduit comme il vient d'être dit
« devant le procureur de la République, sera consi-
« déré comme arbitrairement détenu.

« Tous gardiens chefs de maisons de dépôt ou

« d'arrêt, tous procureurs de la République qui ne « se seront pas conformés aux dispositions du § II « de l'article II, seront poursuivis comme coupables « d'attentats à la liberté et punis, savoir les procu- « reurs de la République et autres officiers du mi- « nistère public, des peines portées en l'article 119 « du Code pénal, et les gardiens chefs des peines « portées en l'article 120 du même Code. Le tout « sans préjudice des sanctions édictées par l'art. 112 « contre le greffier, le juge d'instruction et le pro- « cureur de la République. »

Malgré les dispositions ci-dessus indiquées il peut arriver et il arrivait fréquemment avant la loi du 8 décembre 1897, que l'inculpé contre lequel un mandat d'amener avait été décerné n'était pas interrogé dans les vingt-quatre heures. Une autre irrégularité était alors commise. L'inculpé était déposé dans la maison d'arrêt, et ce, en violation de l'article 609, qui interdit aux gardiens des maisons d'arrêt de recevoir les prévenus contre lesquels n'a pas été décerné un mandat de dépôt ou d'arrêt, ou une ordonnance de prise de corps (1).

L'inculpé qui est ainsi retenu dans une maison d'arrêt en vertu d'un simple mandat d'amener doit-il être considéré comme étant en état de détention préventive, et est-il fondé à démander aux tribu-

1. Cet usage se justifiait dans une certaine mesure par les nécessités de la pratique.

naux de déduire de la peine prononcée, la totalité de l'emprisonnement préventif qu'il a subi ?

La Cour d'appel de Douai, appelée à statuer sur cette question a déclaré que le mandat d'amener n'était pas un titre pouvant autoriser un écrou régulier, que par suite, il n'y avait pas lieu d'imputer sur la durée de la peine, la détention préventive subie par le condamné entre la date de ce mandat et celle du mandat de dépôt (1).

Cette jurisprudence est conforme aux principes et ces principes n'ont nullement été modifiés par la loi du 8 décembre 1897. Cette loi a, il est vrai, consacré un usage regrettable, en autorisant implicitement le dépôt dans les maisons d'arrêt, des prévenus placés sous mandat d'amener, mais elle n'a nullement modifié la nature de ce mandat et n'a pas transformé en titre de détention le mandat d'amener qui n'était et n'est encore qu'un ordre d'arrestation. L'article 609 du Code d'instruction criminelle garde sa pleine et entière valeur. Seuls les mandats de dépôt ou d'arrêt et l'ordonnance de prise de corps doivent être considérés comme les points de départ de la détention préventive (2).

1. Cour d'appel de Douai, 23 septembre 1893 (*Gazette du Palais*, 1893. 2. 478).

2. Cette règle ne doit pas être appliquée devant les tribunaux militaires. Le paragraphe final du nouvel article 258 du Code de justice maritime déclare en état de détention préventive tout individu privé de sa liberté sous inculpation d'un crime ou d'un délit.

TITRE IV

DES CAS DANS LESQUELS LA DÉTENTION PRÉVENTIVE PEUT ÊTRE ORDONNÉE.

En principe, aucun mandat de dépôt ou d'arrêt ne peut être décerné avant qu'il ait été procédé à l'interrogatoire de l'inculpé (article 94, Code d'instruction criminelle).

Lorsque l'inculpé a pris la fuite, le juge d'instruction peut cependant décerner immédiatement contre lui un mandat de dépôt ou d'arrêt. Le législateur considère la fuite de l'inculpé comme un aveu tacite (1).

Le magistrat instructeur a le droit, après avoir procédé à l'interrogatoire de l'inculpé, de le mettre sous mandat de dépôt ou d'arrêt si le fait relevé contre lui est passible d'une peine privative de liberté.

Toutefois, dans certaines hypothèses le législateur a autorisé la mise en état de détention préventive, alors que le fait incriminé n'emportait qu'une simple amende.

Les textes qui établissent ces exceptions sont les suivants :

1. Dans le cas prévu par l'article 86 Code d'inst. crim., le mandat de dépôt peut être décerné avant tout interrogatoire.

Loi du 28 avril 1816, articles 222, 223, 224 ; lois des 29 août 1831 et 24 mai 1834, article 4 ; loi du 25 juin 1842, article 25.

Telles sont les seules limites apportées par la loi au droit de mise en état de détention préventive. Il faut reconnaître qu'elles laissent au juge d'instruction un pouvoir presque sans bornes. Que le fait incriminé soit punissable d'emprisonnement et ce magistrat sera autorisé à décerner un mandat de dépôt ou d'arrêt. Il n'appartiendra qu'à lui seul de rechercher si les présomptions de culpabilité sont suffisantes pour en justifier l'application.

Dans l'exercice de ce droit, le magistrat instructeur ne relève que de sa conscience.

CHAPITRE III

EFFETS DE LA DÉTENTION PRÉVENTIVE.

TITRE PREMIER

EFFETS DE LA DÉTENTION PRÉVENTIVE SUR LA SITUATION MATÈRIELLE DES PRÉVENUS.

SECTION I.

Régime des maisons d'arrêt et de justice.

Les prévenus étant présumés innocents jusqu'au jour où une condamnation est prononcée contre eux, il est juste de les soustraire au contact des condamnés.

Dans ce but, le législateur avait édicté les dispositions qui suivent : « Indépendamment des prisons « établies pour peines, il y aura dans chaque ar- « rondissement, près du tribunal de première ins- « tance, une maison d'arrêt pour y retenir les pré-

« venus; et près de chaque cour d'assises, une « maison de justice pour y retenir ceux contre les- « quels il aura été rendu une ordonnance du prise « de corps ».

Le seul résultat de l'article 503 du Code d'instruction Criminelle fut de faire dénommer les prisons départementales : maisons de correction, d'arrêt et de justice, et de faire graver cette triple appellation sur le frontispice de ces monuments.

En l'année 1875, on eût pu penser que les prévenus et accusés allaient enfin échapper tout à la fois au déshonneur et au danger que leur faisait subir la promiscuité avec les autres détenus. Sous l'influence d'un grand enthousiasme pour le régime cellulaire. le Parlemeut votait la loi du 15 juin 1875 qui édictait la séparation individuelle de jour et de nuit pour les condamnés à une peine ne dépassant pas un an et un jour d'emprisonnement et pour les prévenus ou accusés.

Cette loi n'a pas reçu et ne pouvait recevoir d'application immédiate. Les maisons d'arrêt étaient la propriété des départements. L'Etat ne pouvait leur imposer des reconstructions ou transformations onéreuses. Ces réflexions sont nécessaires pour comprendre pourquoi, dix ans après la loi du 5 juin 1875, prescrivant la séparation de jour et de nuit pour les prévenus et accusés, un décret, le décret du 11 novembre 1885 a ordonné « d'isoler dans des

« locaux séparés les prévenus et accusés se trou-
« vant en prison pour la première fois, de ceux qui
« ont des antécédents judiciaires » (1).

Une loi du 24 février 1893 a activé la transformation des maisons d'arrêt en édictant certaines dispositions d'ordre financier destinées à la faciliter, et il est permis de supposer que la loi du 5 juin 1875 sera dans un bref délai entièrement mise à exécution.

Les prévenus et accusés bien que placés dans les maisons de correction ont un régime spécial.

Le décret du 11 novembre 1885 leur accorde certaines faveurs dont nous allons donner l'énumération.

1° Les prévenus et accusés peuvent chaque jour acheter 500 grammes de pain de toute qualité, deux portions de viande ou de poisson, des légumes, fruits et autres aliments dont l'usage est autorisé dans la prison, 75 centilitres de vin, ou un litre de bière ou de cidre (2) (article 54, § 3).

2° Ils peuvent renoncer aux vivres ordinaires, et faire venir du dehors leur nourriture dans les limites indiquées par l'article 55 du décret.

3° L'usage du tabac est permis aux prévenus et accusés, il ne peut leur être retiré que par décision

1. Normand, *Traité élémentaire de droit criminel*, nos 350, 351, 352.

2. Les condamnés ne peuvent acheter que 500 grammes de pain de ration, une portion de légumes, œufs, lait, beurre ou fromage, et trois fois par semaine une portion de ragoût ou de fruits, suivant la saison.

ministérielle rendue sur la proposition du directeur (art. 58).

4° Les prévenus et accusés ne sont pas astreints à la règle du silence (art. 37).

5° Ils conservent leurs vêtements personnels à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par l'autorité administrative, à titre de mesure d'ordre ou de propreté ou par l'autorité judiciaire dans l'intérêt de l'instruction (art. 59).

6° Ils peuvent louer de l'entrepreneur des meubles, linge et effets de literie (art. 68).

7° Ils ne sont pas obligés au travail et ont droit au sept dixièmes du produit.

Tels sont les principaux avantages matériels qui sont accordés aux prévenus et accusés et différencient leur régime de celui des condamnés.

SECTION II.

De la mise au secret ou interdiction de communiquer.

Le régime des prévenus détenus peut être aggravé par une mesure appelée mise au secret ou interdiction de communiquer. Cette mesure a pour effet « de « placer dans un isolement absolu l'inculpé qui

« ne peut communiquer avec qui que ce soit » (1).

Le but de l'interdiction de communiquer est de mettre le prévenu dans l'impossibilité de suborner des témoins. Cette institution n'est, comme l'a fait remarquer un auteur, que l'extension du secret des actes de l'instruction à la personne même de l'inculpé (2).

L'interdiction de communiquer est mentionnée dans l'ordonnance de 1425, dans l'ordonnance de Charles VII d'avril 1453 et dans l'ordonnance de 1670 qui est restée en vigueur jusqu'à la Révolution Française.

Le Code d'instruction criminelle ne consacrait aucun article à l'interdiction de communiquer, mais la jurisprudence admettait que le juge d'instruction avait le droit de faire mettre un prévenu au secret.

Ce droit paraissait en effet résulter des articles 613 et 618 dont il peut être utile de reproduire les termes.

« Le juge d'instruction et le président des assi-
« ses pourront donner respectivement tous les
« ordres qui devront être exécutés dans les mai-
« sons d'arrêt et de justice, et qu'ils croient néces-
« saires, soit pour le jugement, soit pour l'instruc-
« tion (art. 613, § 2).

1. Normand, *Traité de droit criminel*, n° 991.
2. Supp. *Répert.*, Dalloz, V. Procédure criminelle, n° 846.

« Tout gardien qui aura refusé, ou de montrer « au porteur de l'ordre de l'officier civil ayant la « police de la maison d'arrêt, de justice ou de la « prison, la personne du détenu, sur la réquisition « qui lui en sera faite, ou de montrer l'ordre qui « le lui défend..., sera poursuivi comme coupable « ou complice de détention arbitraire » (art. 618).

Depuis la promulgation du Code d'instruction criminelle, deux lois relatives à cette matière ont été votées par le Parlement. La première a réglementé étroitement la mise au secret. La seconde a en quelque sorte décrété sa suppression.

La première en date, la loi du 14 juillet 1865 a ajouté à l'article 613 du Code d'instruction criminelle un paragraphe ainsi conçu : « Lorsque le juge « d'instruction croira devoir prescrire, à l'égard d'un « inculpé, une interdiction de communiquer, il ne « pourra le faire, que par une ordonnance qui sera « transcrite sur le registre de la prison. Cette inter- « diction ne pourra s'étendre au-delà de 10 jours ; « elle pourra toutefois être renouvelée. Il en sera « rendu compte au procureur général. »

En réalité, la loi du 14 juillet 1865 n'ôte pas au juge d'instruction le droit de prolonger d'une façon illimitée les effets de l'interdiction de communiquer ; elle soumet seulement ce magistrat à la surveillance du procureur général, et rend effectif ce contrôle en

ordonnant la transcription sur le registre de la prison, des ordonnances de mise au secret.

Le législateur ne s'est pas montré satisfait par cette première réforme, et il a intercalé dans la loi du 8 décembre 1897 un texte qui contient en germe la suppression de la mise au secret.

L'interdiction de communiquer ne pourra désormais être appliquée que dans les maisons de dépôt ou d'arrêt qui ne sont pas encore soumises au régime cellulaire ; elle n'aura jamais pour effet de priver l'inculpé des visites de son défenseur. En aucun cas, elle ne pourra être prononcée pour une période de plus de dix jours ; elle ne pourra être renouvelée qu'une fois et pour une nouvelle période de dix jours seulement (1).

La mise au secret est donc destinée à disparaître dans un avenir rapproché. Bien qu'elle soit à l'heure actuelle tempérée par l'exception dont bénéficie le conseil de l'inculpé, il nous semble impossible d'accompagner de nos regrets une institution aussi contraire aux tendances libérales et généreuses qui caractérisent la législation nouvelle sur l'instruction préparatoire.

1. La loi du 8 décembre 1897 n'a pas enlevé au juge d'instruction le droit de refuser le permis de visite, mais il a été déclaré, lors de la discussion de cette loi devant le Sénat, « que si le juge abusait de son droit et rétablissait en fait le « secret, il encourrait une responsabilité qui pourrait être « sanctionnée par une décision du garde des sceaux ».

TITRE II

EFFETS DE LA DÉTENTION PRÉVENTIVE SUR L'EXÉCUTION DE LA PEINE PRONONCÉE.

SECTION I

Historique

L'emprisonnement préventif ne peut être confondu avec l'emprisonnement répressif. Ils n'ont pas le même but et ne produisent pas les mêmes effets.

L'emprisonnement préventif doit faciliter l'instruction et assurer la représentation de l'inculpé à tous les actes de la procédure. L'emprisonnement à titre de peine doit amener l'amendement du condamné.

Le prévenu détenu doit jouir de tous les avantages matériels qui sont conciliables avec les mesures de police destinées à prévenir une évasion.

Le condamné doit subir un régime aussi sévère que l'intérêt de la répression l'exige et que l'humanité le permet.

Ces différences profondes avaient amené le législateur de 1810 et les législateurs anciens à ne pas

déduire de la peine prononcée la détention préventive subie. Sous l'empire du Code pénal, la peine ne commence à courir qu'à partir du jour où le jugement qui l'a prononcée est devenu irrévocable (1). Ce système était essentiellement logique ; l'esprit conçoit difficilement qu'une peine puisse être exécutée avant qu'une condamnation ait été prononcée ; mais il était rigoureux et injuste.

La personne placée sous mandat de dépôt ou d'arrêt bien que soumise à un régime de faveur subit une privation de liberté et si cette privation de liberté ne constitue pas une peine aux yeux de la société qui l'inflige, elle constitue une souffrance pour l'inculpé qui la subit.

Ne devait-on pas tenir compte de cette souffrance ?

En 1832, la théorie du Code pénal subit une première atteinte. Bien que la loi du 28 avril 1832 ait été abrogée par la loi du 15 novembre 1892, il est intéressant d'en connaître les principales dispositions. Ces dispositions faisaient l'objet des anciens articles 23 et 24 du Code pénal : ancien article 23. « La durée des peines temporaires comptera du « jour où la condamnation sera devenue irrévo- « cable. »

1. La peine des travaux forcés à temps et celle de la réclusion ne commençaient à courir que du jour de l'exposition (ancien article 23 Code d'inst. crim.).

Ancien article 24 « Néanmoins, à l'égard des « condamnations à l'emprisonnement prononcées « contre les individus en état de détention préala- « ble, la durée de la peine, si le condamné ne s'est « pas pourvu, comptera du jour du jugement ou de « l'arrêt, nonobstant l'appel ou le pourvoi du minis- « tère public, et quel que soit le résultat de cet « appel ou de ce pourvoi. Il en sera de même dans « les cas où la peine aura été réduite, sur l'appel ou « le pourvoi du condamné. »

La détention préventive qui était imputée sur la peine prononcée était la détention préventive comprise entre le jour du jugement et le jour où le jugement de condamnation était devenu irrévocable. Cette imputation était obligatoire dans les cas indiqués par l'ancien article 24 du Code pénal. La détention préventive n'était jamais déduite des peines criminelles.

La loi du 28 avril 1832 admettait le principe de l'imputation et ouvrait la voie aux réformes, mais elle faisait de ce principe des applications trop restreintes, et ne tenait aucun compte de la détention préventive comprise entre le jour de l'arrestation et le jour de la condamnation.

Dès l'année 1850, un projet fut déposé par M. Hennequin. Ce projet qui admettait l'imputation obligatoire et intégrale de la détention préventive

pour toutes les peines privatives de liberté, fut repoussé par l'assemblée législative.

L'article 5 du projet qui est devenu la loi sur la liberté provisoire du 14 juillet 1865, contenait une disposition analogue : « En cas de condamnation « du prévenu à la peine de l'emprisonnement, le « temps de détention provisoire qu'il aura subi, « devra toujours être imputé sur la condamnation ». Cet article bien que ne visant que l'emprisonnement correctionnel, fut élagué par la Chambre.

Les criminalistes ne se laissèrent pas décourager par ces revers : ils demandèrent l'extension du principe de l'imputation.

En 1888, MM. Le Roy et de la Batie formulèrent la proposition de loi suivante :

« Article unique. Les articles 23 et 24 du Code « pénal sont remplacés par les dispositions sui- « vantes :

« Article 23. — Toute détention préventive sera « imputée intégralement sur la durée de la peine « emportant privation de la liberté et prononcée « en raison du fait qui a motivé cette détention.

« Article 24. — Le jugement ou l'arrêt fixera par « une disposition expresse, la durée de l'imputa- « tion » (1).

La prise en considération fut votée le 26 novem-

1. Chambre des députés, annexe au p.-v. de la séance du 11 juin 1888, n° 2772.

bre 1888. La commission de l'instruction criminelle (1) à laquelle fut soumis le projet, y apporta une modification. L'imputation devenait facultative ; « elle n'avait pas lieu lorsque par une dispo- « sition spéciale et motivée, le jugement ou l'arrêt « en avaient ainsi décidé ».

Ce projet ainsi amendé fut l'objet d'une nouvelle retouche. Le Sénat, après avoir entendu le rapport de M. Morellet, estima qu'il y avait lieu de maintenir en vigueur l'article 23 du Code pénal qui fixait le point de départ des peines privatives de liberté et l'article 24 du même Code qui indiquait deux cas d'imputation obligatoire. Il conserva l'article 23 et fondit l'article 24 avec l'article 24 nouveau, tel qu'il avait été accepté en première lecture par le Sénat. Le texte ainsi formé fut l'objet d'un vote favorable de la Chambre des Députés et du Sénat (2).

La loi qui fut promulguée le 17 novembre 1892 est ainsi libellée.

« Article 1^er^. — Les articles 23 et 24 du Code « pénal, sont abrogés et remplacés par les disposi- « tions suivantes :

« Article 23. — La durée de toute peine priva-

1. Cette commission était composée de MM. Guyot-Dessaigne, Crémieux, Caradec, Bovier-Lapierre, Chantagrel, Bouvattier, Jamais, Jullien, Gomot, Leporché.

2. *Journal officiel* du 19 février 1892, Sénat, p. 127, Docum. parl. ; *Journal officiel* du 9 novembre 1892, Chambre, p. 1476, Docum. parlement.

« tive de la liberté compte du jour où le condamné « est détenu en vertu de la condamnation, devenue « irrévocable qui prononce la peine.

« Article 24. — Quand il y aura eu détention « préventive, cette détention sera intégralement dé- « duite de la durée de la peine qu'aura prononcée le « jugement ou l'arrêt de condamnation, à moins « que le juge n'ait ordonné par disposition spéciale « et motivée, que cette imputation n'aura pas lieu « ou qu'elle n'aura lieu que pour partie.

« En ce qui concerne la détention préventive « comprise entre la date du jugement ou de l'arrêt, « et le moment où la condamnation devient irré- « vocable, elle sera toujours imputée dans les deux « cas suivants : 1° Si le condamné n'a point exercé « un recours contre le jugement ou l'arrêt ; — « 2° si ayant exercé un recours, sa peine a été ré- « duite sur son appel ou à la suite de son pour- « voi ».

« Article 2. — La présente loi n'aura pas d'effet « rétroactif.

« Article 3. — Elle sera applicable à l'Algérie et « aux colonies ».

Plus d'un demi-siècle s'était écoulé entre le moment où le principe de l'imputation de la détention préventive avait été admis pour la première fois par le législateur et celui où il avait reçu l'extension que certains criminalistes demandaient et que la jus-

tice semblait exiger. Un pareil retard peut être justifié, ou tout au moins expliqué.

Le principe de l'imputation, s'il avait dès l'année 1832 des partisans convaincus, avait aussi des adversaires résolus, et les arguments qu'ils invoquaient étaient nombreux.

Ils déclaraient, qu'en fait, le juge tenait compte, lors de la fixation de la peine, de la détention préventive subie ; que l'injustice commise serait, du reste, plus grande encore, si on accordait l'imputation ; car elle favoriserait le prévenu détenu en lui permettant de subir une partie de sa peine sous un régime peu rigoureux ; qu'enfin si on admettait l'imputation comme une indemnité en nature due à raison de la détention, on serait naturellement amené à accorder une indemnité en argent aux prévenus détenus qui auraient bénéficié d'un acquittement ou d'une ordonnance de non-lieu :

Ces arguments étaient spécieux.

Sans doute le juge tenait compte, le plus souvent lors de la fixation de la peine, de la détention préventive subie ; mais cette pratique elle-même, n'était pas sans inconvénient. La peine prononcée cessait d'être la peine véritable et les conséquences juridiques de la condamnation étaient, non les déchéances et autres effets attachés à la peine réelle, mais les déchéances et effets attachés à la peine

apparente que le juge était dans l'obligation de prononcer (1).

Le second argument invoqué renferme une part de vérité. Le système de l'imputation permet au prévenu détenu d'accomplir sa peine dans des conditions relativement bonnes, mais il ne faut pas cependant exagérer l'importance d'une pareille faveur.

Le confort qui est donné aux prévenus détenus est peu considérable et la privation de liberté qu'ils subissent est complète.

Du reste, comme l'a dit au Sénat le rapporteur de la loi du 15 novembre 1892 :

« S'il n'est pas nécessaire pour l'imputation que « la détention ait le même caractère juridique que « la peine, il n'est pas nécessaire non plus, en fait, « qu'elle constitue, toutes choses égales d'ailleurs, « la même somme précise de douleur ; qu'à vouloir « transporter, dans le droit pénal, à l'encontre de « ceux qui en sont atteints, une pareille rigueur « géométrique, on aboutirait à repousser par des « arguments de logique pure, les mesures les plus « conformes à l'humanité et à la raison elle-« même » (2).

1. La diminution apparente de la condamnation modifiait notamment l'application des lois sur la récidive et sur la libération conditionnelle.

2. Sénat, annexe au p.-v. de la séance du 13 juillet 1889, n° 252.

Les adversaires du principe de l'imputation se placent-ils sur un terrain plus solide lorsqu'ils nous montrent l'indemnité en argent, à accorder aux prévenus acquittés, comme la conséquence nécessaire de l'admission du principe de l'imputation? Evidemment non.

Théoriquement une indemnité devrait être accordée aux prévenus acquittés qui auraient été mis en état de détention préventive, mais seulement lorsqu'il aurait été établi qu'ils étaient restés étrangers à l'infraction pour laquelle ils avaient été poursuivis. Un jugement d'acquittement ne peut pas toujours être considéré comme ayant cette signification.

« Pourquoi enfin si deux abus existent et que l'un « ne puisse être immédiatement réparé, le laisser « subsister avec l'autre ? » (1).

SECTION II

Du caractère de l'imputation.

L'esprit conçoit deux modes d'imputation de la détention préventive.

L'imputation peut avoir pour effet d'avancer le

1. Chambre des députés, annexe au p.-v. de la séance du 21 mars 1889, n° 3622. Rapport Caradec, p. 6.

point initial de la durée de la peine et le point d'expiration, ou d'avancer le point d'expiration seul. Dans le premier cas la condamnation est considérée comme ayant un effet rétroactif qui transforme en emprisonnement répressif la détention préventive subie. Dans le second cas, le jugement de condamnation ne rétroagit pas. La détention préventive subie garde son caractère ; elle ne se confond pas avec la peine qui ne commence à courir que du jour où elle est devenue irrévocable. Le seul effet de l'imputation est de faire opérer une soustraction sur le chiffre de la peine prononcée.

Ces deux théories ont été successivement admises par le législateur français. Sous l'empire de l'ancien article 24 (rédaction de 1832) la peine, « si le con- « damné ne s'était pas pourvu, comptait du jour du « jugement ou de l'arrêt ; nonobstant l'appel ou le « pourvoi du ministère public ». La loi du 28 avril 1832 admettait donc, non l'imputation par soustraction, mais l'imputation par exécution anticipée de la peine.

L'article 24 de la loi du 15 novembre 1892 qui a reproduit l'ancien article 24, a supprimé le passage sus cité. Désormais le principe établi par l'article 23 ne subit plus de dérogation.

« La durée de toute peine privative de liberté « compte du jour où le condamné est détenu en

« vertu d'une condamnation irrévocable qui pro-
« nonce la peine ».

Cette discussion n'offre pas seulement un intérêt théorique ; elle permet de résoudre certaines difficultés d'application des lois sur le régime cellulaire et sur la libération conditionnelle.

La loi du 5 juin 1875 réduit du quart « la durée « des peines subies sous le régime de l'emprisonne-« ment individuel ».

Devra-t-on considérer comme une peine l'emprisonnement préventif en cellule, et devra-t-on le faire entrer en ligne de compte pour le calcul de la réduction ?

Un exemple montrera l'intérêt que présente cette question : Une personne mise en état de détention préventive le 1er septembre 1899 a été condamnée le 1er octobre suivant à la peine de quatre mois d'emprisonnement. L'administration pénitentiaire devra-t-elle la relaxer le 1er décembre 1899 ou le 1er janvier 1900 ?

La Cour d'appel de Paris dans son audience du 1er juillet 1893, a déclaré : « que la loi du 15 novem-« bre 1892 n'a fait aucune distinction entre les « prévenus et les condamnés ; qu'elle pose en prin-« cipe que la détention préventive s'imputera sur « la peine prononcée, quelle que soit cette peine ; « que la détention préventive subie en cellule doit « produire les mêmes effets que la peine subie en

« cellule ; qu'aucun motif n'existe pour distinguer, « entre la période qui précède et celle qui suit le « jugement, que la seule condition requise est que « la durée de l'isolement individuel soit prolongée « pendant trois mois consécutifs ; que cette inter- « prétation découle en dehors des raisons de texte « ci-dessus exposées, de l'esprit libéral de la loi de « 1892 qui assimile la détention préventive à la « peine » (1).

Cette solution est généreuse, mais elle est contraire aux principes qui ont été mis précédemment en lumière.

La peine ne commence à courir que le jour où la condamnation est devenue irrévocable. La loi du 15 novembre 1892 dit, il est vrai, que la détention préventive sera déduite de la peine prononcée, mais elle ne l'assimile nullement à un emprisonnement répressif (2).

L'article 2 de la loi du 14 août 1885 autorise le ministre de l'intérieur à mettre en liberté sous condition, les condamnés qui ont accompli « trois « mois d'emprisonnement si leurs peines sont infé- « rieures à six mois, ou, dans le cas contraire, la « moitié de leur peine ».

1. Paris, 1er juillet 1893, D. P. 94. II. 238.

2. *Contra*, Mesnard, De l'imputation de la détention préventive, *Lois nouvelles*, 1er février 1893, p. 37 ; Lasserre et Villanova, *De l'imputation de la détention préventive*, p. 86.

Les arguments qui ont déjà été invoqués nous amènent à croire que contrairement à l'opinion émise par la plupart des auteurs, la détention préventive ne doit pas être comptée comme faisant partie des « trois mois ou de la moitié de la peine ».

La détention préventive devra donc être prise en considération lorsqu'il s'agira de déterminer la date d'expiration de la peine, mais non lorsqu'il s'agira de fixer le jour où la libération conditionnelle sera possible.

SECTION III

Des applications du principe de l'imputation.

La détention préventive a été divisée par l'article 24 du Code pénal, en deux périodes. La première commence le jour où le mandat de dépôt ou d'arrêt a été décerné, et finit le jour où une condamnation a été prononcée. La seconde est comprise entre le moment où la condamnation a été prononcée et celui où elle est devenue irrévocable.

A. *Première période.* — Cette période est intégralement déduite de la durée de la peine qu'a prononcée le jugement ou l'arrêt, à moins que le juge n'ait ordonné, par disposition spéciale et motivée

que cette imputation n'aura pas lieu ou qu'elle n'aura lieu que pour partie.

Le législateur ne devait pas rendre obligatoire pour le juge, la déduction de cette première période. Le prévenu peut, en cachant son nom, en dissimulant son identité, en refusant de répondre à l'instruction, prolonger systématiquement la détention préventive. Il serait arrivé, par ces moyens, à subir la totalité, ou la plus grande partie de sa peine, sous le régime de l'emprisonnement préventif.

D'un autre côté, le législateur devait-il exiger, pour que la déduction soit opérée, une disposition expresse ? Ce système qui a été admis par les législations hongroises et hollandaises a été rejeté par le législateur français. Il a considéré avec raison qu'il était désirable dans la plupart des cas que l'imputation ait lieu, et, dans le but de faciliter cette imputation, il a déclaré qu'elle aurait lieu toutes les fois qu'un refus formel n'anrait pas été inséré dans le jugement ou l'arrêt de condamnation.

Ce refus doit : 1° être spécial, c'est-à-dire ne pas faire corps avec le jugement (1) ; 2° être motivé.

Les motifs qui doivent être invoqués par le juge ne sont pas ceux qui justifient une augmentation de sévérité, tel serait le défaut de repentir ou la circonstance que la victime était la bienfaitrice du

1. Serait nul comme non spécial, le refus implicite résultant de la mention de la date de la libération.

condamné. Ces motifs ont dû déjà être indiqués dans le jugement, et expliquent, non le refus d'imputation, mais l'élévation de la peine. Les raisons qui, à notre avis, doivent accompagner le refus, sont celles qui ont véritablement amené la juridiction de jugement à l'insérer dans leur décision. Elles se rattacheront la plupart du temps à la mauvaise attitude du condamné pendant le cours de l'instruction et aux efforts faits par lui pour en retarder la clôture.

Nous devons reconnaître que la Cour de cassation considère comme valable, le refus motivé, quels que soient les motifs sur lesquels il est basé (1). Elle exige cependant que ces motifs soient suffisamment précis. Doit donc être considéré comme nul l'arrêt portant que l'imputation « n'aura pas lieu, « à raison des circonstances de la cause » (2).

Les auteurs ne sont pas d'accord sur le point de savoir quelles sont les conséquences de la nullité du refus d'imputation. Les uns demandent l'annulation totale du jugement ou arrêt (3) ; les autres, le simple retranchement de la disposition irrégulière (4). D'autres enfin, estiment le renvoi à une autre cour

1. Cassation 21 juillet 1894, *Bulletin*, page 304.

2. Cassation 6 juillet 1891, S. 1894. 1. 480; Cass. 15 juin 1894, D. P. 1896. 1. 140.

3. Cassation 11 mars 1893 (*Bulletin*, page 109).

4. Lasserre et Villanova, *loc. cit.*, page 42.

ou tribunal chargés de statuer sur la seule question de l'imputation (1).

Le premier système doit d'abord être écarté. Le refus d'imputation est une disposition accessoire, indépendante théoriquement du jugement ou arrêt de condamnation ; son annulation ne saurait entraîner l'annulation totale de la décision judiciaire à laquelle elle est annexée.

La seconde théorie est basée uniquement sur des raisons d'analogie. Les partisans rapprochent de la situation du condamné auquel la détention préventive a été refusée irrégulièrement, celle de la personne qui a été condamnée à une peine criminelle par un arrêt ne faisant pas mention de la délibération sur l'interdiction de séjour et rappellent que dans ce dernier cas la Cour de cassation prononce le renvoi devant une autre juridiction chargée de statuer sur l'interdiction.

Nous estimons que ces deux situations ne peuvent être assimilées, mais doivent au contraire, être opposées l'une à l'autre. La délibération sur l'imputation est facultative ; la délibération sur l'interdiction est obligatoire (art. 46, C. pénal). Le silence du juge en matière d'imputation, entraîne la déduction de la détention préventive ; en matière d'interdiction, il

1. Mesnard, *loc, cit.*, page 17 ; Vidal, *Imputation de la détention préventive sur la durée des peines*, p. 48.

entraîne une condamnation à vingt ans d'interdiction de séjour (1).

L'argument d'analogie qui vient d'être exposé ne saurait donc nous rallier à une théorie qui a en outre l'inconvénient d'aboutir à des résultats peu juridiques.

Supposons en effet un renvoi après annulation du refus d'imputation. La juridiction saisie devra se prononcer formellement pour ou contre la déduction. L'article 24 du Code pénal sera donc violé, car la délibération sur l'imputation deviendra obligatoire.

B. *Deuxième période.* — La déduction de la deuxième période de la détention préventive est en principe facultative. Par exception elle est obligatoire dans les deux cas suivants : 1° si le condamné n'a point exercé de recours contre le jugement ou l'arrêt ; 2° si ayant exercé un recours, sa peine a été réduite sur son appel ou à la suite de son pourvoi.

Avant d'examiner les deux hypothèses où l'imputation de la seconde période est obligatoire, il importe de déterminer quelle est, en dehors de ces hypothèses, la situation du condamné. Ne pourra-t-il jamais obtenir la déduction de cette période ou devra-t-il bénéficier de cette déduction lorsque les juges d'appel n'en auront pas décidé autrement ?

1. M. Normand. *Traité de droit criminel*, n° 301.

La première opinion est peu soutenable; elle est basée sur l'argumentation suivante :

Avant la loi du 15 novembre 1892, il n'était pas douteux que l'imputation de la seconde période ne pouvait être accordée par le juge, sauf dans les deux cas prévus par la législation de 1832. Or, la loi du 15 novembre 1892 a reproduit dans l'article 24 nouveau, les termes de l'ancien article 24 (rédaction de 1832). Il est permis de supposer que la signification de ces termes n'a pas changé (1).

L'erreur est évidente; les exceptions de l'article 24 ancien ont été conservées, mais le principe auxquelles elles dérogent a été modifié.

Avant la loi du 15 novembre 1892, le commentateur de l'article 24 devait, en dehors des exceptions prévues par ce texte, revenir au droit commun et admettre la non-imputation obligatoire. A l'heure actuelle, il doit revenir au droit commun indiqué par l'article 24 § 1 et admettre l'imputation facultative expresse ou tacite.

Cette interprétation bien que combattue par un certain nombre d'auteurs (2), a été consacrée par un arrêt de la Cour de cassation rendu à la suite des faits suivants :

1. Cette reproduction n'est pas intégrale, elle est du reste plus apparente que réelle.

2. M. Mesnard, locution citée, 15 janvier 1893, p. 18; M. Berton, conseiller à la Cours d'Orléans, article de la *Gazette des Tribunaux* des 3 et 4 avril 1893.

Le tribunal de Lille dans son audience du 1er mars 1893 avait condamné un sieur D..., à un an et un jour de prison. La Cour de Douai, le 22 du même mois avait confirmé la peine. Le jugement et l'arrêt ne contenaient aucune disposition relative à l'imputation ; le procureur général refusa de déduire de la peine prononcée la détention comprise entre le 1er mars, jour de la condamnation et le 22 mars, jour de l'arrêt.

La Cour de cassation saisie par un pourvoi formé par le condamné, cassa un arrêt de la Cour de Douai qui avait rejeté sa demande.

Parmi les motifs que la Cour suprême invoquait pour justifier sa décision, étaient les suivants :

« Attendu que les termes mêmes de l'article 24 « excluent toute distinction d'époques, et que, pour « être vraiment intégrale, la déduction doit s'appli- « quer non seulement à la détention préventive qui « a précédé la condamnation, mais encore à celle « qui se place entre la condamnation prononcée et « la condamnation devenue irrévocable.

« Attendu que le même article, dans un second « paragraphe, visant exclusivement le cas où le « condamné n'a pas exercé de recours et le cas où « son recours lui a procuré une réduction de peine, « refuse alors au juge le droit d'ordonner que la « détention préventive comprise entre la date du « jugement ou de l'arrêt et le moment où la con-

« damnation devient irrévocable, ne sera pas déduite « de la durée de la peine, mais que cette distinc- « tion n'implique en aucune façon le maintien de la « rigueur de l'ancienne législation à l'égard du « condamné qui succombe dans le recours par lui « exercé ; qu'au contraire, le cas de ce condamné « est manifestement compris dans la règle générale « posée par le nouvel article 24 » (1).

L'article 24 du Code pénal prévoit deux situations : 1° celle du condamné qui ne s'est pas pourvu ; 2° celle du condamné qui a réussi dans son pourvoi. Il règle indirectement la troisième et dernière situation à envisager, celle du condamné qui a échoué dans son pourvoi. Il est nécessaire d'indiquer les résultats de l'application de la loi du 15 novembre 1892 dans ces trois cas :

Premier cas. — Le condamné ne s'est pas pourvu.

A. La décision judiciaire définitive refuse l'imputation. — La seconde période est seule imputée.

B. La décision judiciaire définitive ne refuse pas l'imputation. — La totalité de la détention préventive est imputée.

Ces solutions sont encore exactes si le ministère public fait appel. « En effet, si le ministère public

1. Cour d'appel d'Amiens, 28 juillet 1893, *Gazette du Palais*, 1893, II, 498 ; Cassation, 18 mai 1893, B. 93, p. 198 ; *Gazette des Tribunaux*, 1893. I. 632 ; Cassation 24 juin et 4 août 1893, *Gaz. du Palais*, 1893. II. 230.

« échoué, il a commis une erreur; s'il réussit, c'est « la Cour ou le tribunal qui l'a commise; mais dans « un cas comme dans l'autre, le condamné ne peut « souffrir d'une erreur à laquelle il est resté étran- « ger. » Le condamné peut se désister après avoir fait appel ou formé un pourvoi en cassation. L'imputation de la seconde période sera-t-elle obligatoire comme si le condamné ne s'était pas pourvu ?

La jurisprudence l'admet, en cas de pourvoi (1), mais en cas d'appel, elle ne fait commencer la période qui doit être obligatoirement imputée, qu'à la date de l'arrêt donnant acte du désistement (2).

Ces deux solutions sont contradictoires. Si on attribue au désistement un effet rétroactif, on doit assimiler le condamné qui s'est désisté au condamné qui ne s'est pas pourvu. Si on ne lui attribue pas, on doit l'assimiler au condamné qui a échoué dans son pourvoi.

Certains auteurs déclarent, pour justifier la théorie de la Cour de cassation que « le condamné forme « un recours en cassation sans avoir le temps de la « réflexion, les moyens mêmes d'examiner à loisir « le texte de l'arrêt qu'il attaque ; que dès lors on « ne pouvait lui imputer à tort d'avoir exercé ce

1. Crim. Cassation 2 juillet 1852, D. P. 1852. I. 222 ; Crim. rej. 26 mai 1853, D. P. 1853. I. 240.

2. Crim. Cassation 22 novembre 1855, D. P. 1856. I. 44 ; Paris, 17 novembre 1860, D. P. 1861. V. 354.

« recours sans de justes griefs, si, plus tard, il s'en « désiste, qu'au contraire le délai d'appel étant plus « long, le condamné use de cette voie de recours à « ses risques et périls (1). »

Nous estimons malgré ces considérations peu juridiques, que le désistement ayant un effet rétroactif, le condamné qui a fait appel ou qui s'est pourvu en cassation, doit, par le seul fait du désistement, être assimilé au condamné qui ne s'est pas pourvu (2).

Deuxième cas. — Le condamné sur son appel ou sur son pourvoi a fait réduire la peine qui a été prononcée contre lui (3).

A. La décision judiciaire définitive refuse l'imputation. La seconde période est seule imputée.

B. La décision judiciaire définitive ne refuse pas l'imputation. La totalité de la détention préventive est imputée.

Troisième cas. — Le condamné sur son appel ou son pourvoi n'obtient pas une réduction de la peine prononcée contre lui.

1. Garraud, *loc. cit*, tome II, n° 33.

2. Dans ce sens, M. Normand, *Traité de droit criminel*, n° 336, page 297.

3. « Il importerait peu que le condamné eût appelé d'abord « sans succès, si après un pourvoi formé contre l'arrêt et « une cassation prononcée sur ce pourvoi, il avait obtenu de « la Cour de renvoi un adoucissement à la peine prononcée. « La loi ne se préoccupe, pour apprécier le bien fondé de sa « résistance, que du résultat définitif du procès. » Garraud, *loc. cit.*, tome II, n° 33, page 46.

A. La décision judiciaire définitive refuse l'imputation. La détention préventive n'est pas imputée.

B. La décision judiciaire définitive ne refuse pas l'imputation. La totalité de la détention préventive est imputée.

Tels sont les cas d'application les plus simples de la loi du 15 novembre 1892. Nous devons, à la vérité, reconnaître que les hypothèses non prévues sont innombrables. La seule tâche qu'il soit possible et utile d'entreprendre consiste à rechercher les principes juridiques qui permettent de résoudre les différentes difficultés soulevées par la mise en application de cette loi.

Ces principes sont au nombre de quatre :

1° Le refus d'imputation est considéré comme aggravant la situation du prévenu. La juridiction d'appel ne peut donc prononcer le refus, si la décision attaquée n'en a pas fait mention et si un appel à minima n'a pas été formé par le ministère public (1).

2° La Cour de cassation ne peut connaître que des questions de droit. Elle n'a donc pas qualité pour statuer sur l'imputation, mais seulement pour annuler, par voie de retranchement le refus entaché d'irrégularités.

1. Cassation, *Gazette des Tribunaux*, 4 août 1893. 5 et 9 août 1893, S. 1893. I. 444; Cassation 13 janvier 1893, *Gaz. du Palais*, 1893. I. 214.

3° La détention préventive qui, aux termes de l'article 24 doit nécessairement être imputée, est celle qui a été motivée par un recours qui a abouti à une diminution de peine. Si le ou les recours ont abouti à une décision judiciaire irrévocable favorable au condamné, la seconde période de la détention, c'est-à-dire la totalité de l'emprisonnement répressif compris entre le premier jugement et la décision définitive sera nécessairement imputée. Si les recours n'ont pas abouti à une diminution, une partie de la seconde période, devra cependant dans certains cas être obligatoirement imputée. Il en sera ainsi lorsque le prévenu aura, par un premier recours, obtenu une diminution et n'aura perdu qu'ultérieurement le bénéfice de cette décision. Le succès de la première voie de recours ne s'explique que par une erreur des juges. Cette erreur ne saurait nuire au condamné (1).

4° Le refus d'imputation s'applique à la première

1. Supposons qu'un prévenu R..., ait été condamné à un mois d'emprisonnement par le tribunal correctionnel de Poitiers le 1er octobre 1898, et ait vu, sur son appel, sa peine réduite à 15 jours, le 1er novembre suivant. Le prévenu et le ministère public n'acceptent pas cette décision et forment l'un et l'autre un pourvoi en cassation. La juridiction devant laquelle R... est renvoyé, prononce contre lui, le 1er décembre 1899, la peine de un mois d'emprisonnement et refuse l'imputation. Ce refus ne pourra porter sur la partie de la détention comprise entre le 1er octobre et le 1er novembre 1898.

et à la deuxième période. Le juge du premier degré a le droit de statuer sur l'imputation de la totalité de la détention préventive. La décision porte sur toute la détention à moins qu'elle ne contienne une disposition restrictive. Cette opinion a été ainsi combattue par M. Goulé : « Ce n'est pas le juge du « premier degré qui peut régler toutes les périodes « de la détention préventive. Au moment où les « magistrats du tribunal correctionnel rendent « leur décision, la deuxième phase n'est pas com- « mencée, ils ne savent même pas si elle s'ouvrira « jamais. Le législateur n'a pu donner à ces juges « le pouvoir de récompenser ou de punir un détenu « pour ce qu'il fera plus tard, surtout lorsqu'il ne « s'agit pas d'un fait précis que l'on puisse prévoir, « mais bien d'un ensemble de circonstances à ap- « précier en connaissance de cause » (1).

Cette argumentation n'est pas sans réplique. Le juge du premier degré statuera, il est vrai pour l'avenir, mais sa décision n'aura qu'un caractère provisoire. La justice ne sera jamais violée, grâce à la possibilité de l'appel à minima et à l'application de l'article 24, § 2. Ces allégations vont être corroborées par l'examen d'un certain nombre d'hypothèses (2).

1. Goulé, *De la détention préventive*, page 64.

2. Nous avons examiné seulement l'hypothèse la plus simple, celle d'un jugement du tribunal correctionnel suivi

A. L'imputation de la détention préventive a été refusée par le tribunal correctionnel.

1° Le prévenu n'a pas fait appel. Déduction obligatoire de la deuxième période, (article 24).

2° Le prévenu a réussi dans son appel. Déduction obligatoire de la 2e période (article 24).

3° Le prévenu a échoué dans son appel. Le prévenu a employé à tort une voie de recours, la détention préventive ne sera pas imputée.

B. L'imputation de la détention préventive n'a pas été refusée par le tribunal correctionnel.

1° Le prévenu n'a pas fait appel. — Déduction obligatoire de la 2e période de la détention préventive (article 24).

2° Le prévenu a réussi dans son appel. Déduction obligatoire de la 2e période (article 24).

3° Le prévenu a échoué dans son appel. La détention préventive sera imputée. Cependant la Cour pourra, en cas d'appel a minima retirer aux prévenu le bénéfice de l'imputation de la seconde et même de la première période.

Il n'y a donc aucun inconvénient pratique à donner aux juges le droit de se prononcer sur l'imputa-

d'un appel. Le droit du juge du premier degré de statuer sur l'imputation de la totalité de la détention préventive ne présente pas de plus grands inconvénients lorsque les voies de recours sont plus nombreuses, et notamment lorsque l'appel est suivi d'un pourvoi en cassation.

tation d'une détention qui n'a pas commencé à courir; il y en aurait au contraire à leur refuser ce droit. En effet le condamné bénéficierait parfois nécessairement en dehors des deux hypothèses prévues par l'article 24 § 2, de la déduction de la 2e période de la détention préventive.

Exemple : Une personne condamnée par une Cour d'appel fait un pourvoi. Le pourvoi est rejeté. L'imputation de la 2e période sera obligatoire, car la Cour d'appel n'a pu se prononcer sur l'imputation d'une détention non commencée, et la Cour suprême n'a pas qualité pour le faire.

Une théorie qui aboutit à de tels résultats doit nécessairement être rejetée. La Cour de cassation l'a écartée en déclarant dans un arrêt du 4 août 1893, que « dans le silence du jugement la détention préven- « tive tout entière, tant celle qui est postérieure que « celle qui est antérieure au jugement, doit être « imputée sur la durée de la peine, que le bénéfice « de cette imputation ne saurait être enlevé au pré- « venu sans qu'il en résulte pour lui une véritable « aggravation de peine, que par conséquent, il ne « peut en être légitimement dépouillé sur son « propre appel et à défaut d'appel du ministère « public..... » (1).

1. Cassation, 4 août 1893, S. 1893. I. 144, D. P. 1894. I. 143. D'après M. Goulé (*loc. cit.*), page 65, la Cour ne pourrait, sans qu'un appel *a minima* ait été formé, refuser l'impu-

SECTION IV

Etendue d'application du principe de l'imputation

§ 1. — *Des peines auxquelles s'applique l'imputation.*

Sous l'empire de l'article 24 (rédaction de 1832), l'imputation dans les deux cas où elle était autorisée ne s'appliquait qu'à la peine de l'emprisonnement.

Le nouvel article 24 ne renferme pas cette limitation et les travaux préparatoires de la loi du 15 novembre 1892 permettent d'affirmer que le législateur a entendu faire porter la déduction sur les peines dont l'article 23 fixe le point de départ, c'est-à-dire sur toutes les peines privatives de liberté. Ces termes excluent les privations de liberté qui n'ont pas le caractère de peine, tel est le séjour d'un mineur dans une maison de correction (article 66 du Code pénal) (1) et les peines qui ne sont

tation de la première période de la détention préventive (lorsque cette imputation a été accordée par le tribunal correctionnel), mais elle pourrait, sur le seul appel du prévenu, refuser d'imputer la détention préventive comprise entre le jugement et l'arrêt. Il s'agit là, dit-il, d'un droit propre accordé à la Cour d'appel par l'article 24 du Code pénal.

1. « Le renvoi dans une maison de correction n'a pas le « caractère d'une peine ; c'est, comme le dit l'exposé des

pas privatives de liberté comme la dégradation civique, l'interdiction légale, le bannissement (1) et même la rélégation collective (2).

Théoriquement l'imputation devrait s'appliquer même aux peines non privatives de liberté. Une indemnité est due par l'Etat, à raison de la détention préventive subie. Cette indemnité est acquittée en cas de condamnation à une peine d'emprisonnement, en en restreignant la durée; elle devrait être acquittée en cas de condamnation à une peine non privative de liberté, en réduisant la peine quelle qu'elle soit et notamment en cas de condamnation à l'amende, en accordant la remise totale ou partielle de l'amende.

Pratiquement l'imputation est toujours possible. Il faut toutefois reconnaître qu'elle présente parfois de sérieuses difficultés. Déduire cinq jours de détention préventive de 30 jours de prison; voilà une tâche qui ne nécessitera qu'une simple soustraction ;

« motifs, un moyen de suppléer à la correction domestique, « lorsque les circonstances ne permettent pas de confier le « mineur à sa famille. » M. Normand, *Traité de droit criminel*, n° 537. Nous pourrions citer la contrainte par corps, qui n'a pas le caractère d'une peine, et à laquelle, par suite, ne s'applique pas l'imputation.

1. En sens contraire, on pourrait tirer un argument sérieux du nouvel article 258 du Code de justice maritime qui cite le bannissement parmi les peines sur la durée desquelles la détention préventive doit être imputée.

2. Cassation 7 août 1897, D. 1898. I. 28.

mais quelle est l'opération qui permettra de déduire 5 jours de détention préventive de 30 francs d'amende ?

Avant de tenter une pareille déduction, il est nécessaire de fixer la somme dont le paiement représente une souffrance égale à celle qu'occasionne la détention préventive pendant une durée de vingt-quatre heures.

Certaines législations n'ont pas craint d'établir une équivalence. Le Code italien déduit de l'amende 10 francs par journée de détention préventive subie, le législateur Hongrois déduit 12 fr. 25, le Code d'Obwalden 3 francs (1). La diversité de ces chiffres nous montre qu'une telle fixation est arbitraire.

Le législateur français a eu raison, à notre avis de laisser le juge libre de tenir compte de la détention préventive, en réduisant, dans la mesure la plus équitable, le chiffre de l'amende qu'il prononce (2).

§ 2. *Détentions préventives auxquelles s'applique l'imputation.*

Doit-on imputer la détention préventive subie

1. Code pénal italien de 1889, articles 19 et 40 ; Code pénal hongrois de 1881, articles 23 et 27.

2. L'article 45 du projet de révision du Code pénal fran-

pour un fait autre que celui qui a motivé la condamnation ? L'équité semble l'exiger et l'étude de l'historique de la loi du 15 novembre 1892, nous amène à l'admettre.

L'article 23 (rédaction du projet de MM. Le Roy et de la Batie), employait la formule suivante : « Toute détention préventive sera imputée intégra- « lement sur la durée de la peine emportant priva- « tion de liberté, et prononcée en raison du fait qui « a motivé cette détention ».

Or, ce dernier paragraphe n'a pas été reproduit par la loi du 15 novembre 1892.

Les tribunaux ont eu à se prononcer sur cette question.

La Cour de cassation a déclaré que la détention préventive subie à l'occasion d'une double accusation devait être déduite de la peine d'emprisonnement, bien qu'il y ait eu acquittement sur l'un des chefs d'accusation (1).

Une seconde décision judiciaire a été rendue dans le même sens par le tribunal correctionnel de Lille à la suite de faits qui peuvent être ainsi résumés :

Un sieur D. avait été écroué le 22 janvier 1894,

çais était ainsi conçu : « Lorsque la peine prononcée sera « seulement pécuniaire, le jugement ou l'arrêt pourra or- « donner que le condamné qui aurait été soumis à une dé- « tention préalable sera exonéré en tout ou en partie du « paiement de l'amende. »

1. Cassation 4 août 1893, D. P. 1893. II. 512.

sous l'inculpation de faux, en vertu d'un mandat d'arrêt. Le 30 mars, le juge d'instruction décerna contre lui un mandat de dépôt pour escroquerie. Le 23 mai, D. traduit pour faux devant les assises du Nord, fut acquitté par cette juridiction. Le 9 juin, D. fut condamné pour escroquerie à 4 mois de prison par le tribunal de Lille (1).

D. demanda la déduction de la totalité de la détention subie par lui. Le tribunal correctionnel de Lille saisi par sa requête, rendit le jugement qui suit : « Attendu qu'on soutiendrait vainement que dans « l'espèce il existe deux poursuites distinctes, l'une « pour faux avec détention, datant du 22 janvier, « dont tous les effets ont été annulés par le verdict « d'acquittement, et une autre pour escroquerie « avec détention du 30 mars ; qu'il n'y a eu qu'une « poursuite comprenant plusieurs faits ; que la « détention préventive constitue un tout indivisible, « que le second mandat n'a eu pour résultat que « de compléter le premier et de lui permettre de « comprendre tous les faits de l'instruction, mais « qu'il n'a pu constituer une détention nouvelle dis- « tincte de celle remontant au 22 janvier... ».

Si le prévenu subit, pendant la détention préventive une peine qui a été prononcée contre lui, soit

1. Tribunal correctionnel de Lille, 14 juin 1894, *Gazette da Palais*, 1894. II. 249. Dans le même sens : Cour d'assises de l'Aude, 22 février 1893. D. P. 1893. II. 512.

pendant, soit avant cette détention, et qui ne se confond pas avec la peine résultant du jugement ou de l'arrêt de condamnation, la règle d'après laquelle la détention préventive doit être intégralement déduite de la peine prononcée par le jugement ou l'arrêt, à moins que le juge n'en ait autrement ordonné, cesse d'être applicable (1).

La détention préventive peut avoir été interrompue par une mise en liberté provisoire, elle peut même avoir été scindée en deux parties. Aucune raison ne s'oppose à ce que la déduction puisse porter sur la totalité de la détention. La jurisprudence autorisait cette déduction avant la loi du 15 novembre 1892. Elle continue à l'autoriser depuis la promulgation de cette loi (2).

Les condamnés à une peine privative de liberté supérieure à 3 mois d'emprisonnement ne sont admis à se pourvoir en cassation que lorsqu'ils se sont constitués prisonniers ou ont obtenu à cet effet la mise en liberté provisoire sous caution (3).

1. Cassation 7 août 1897, D. 1898. I. 28.

2. Cour d'appel de Paris, 4 mars 1882, *Gazette du Palais*, 1881-82. I. 458 ; Cour d'assises de l'Aude, *Lois nouvelles*, 1893. II, p. 66.

3. Il a été jugé que la liberté sous caution obtenue avant l'arrêt ou le jugement définitif de condamnation, n'a d'effet que jusqu'à cet arrêt ou à ce jugement ; qu'elle ne peut tenir lieu de la mise en état d'Incarcération, dans le cas où cette mesure est prescrite pour l'admissibilité du pourvoi en cassation et pour satisfaire aux prescriptions de l'article 421 du

Cette détention d'une nature particulière devra, à notre avis être imputée sur la peine prononcée. Il s'agit là, d'une détention qui, comme la détention préventive a pour but de faciliter l'exécution des jugements de condamnation et pour effet de faire maintenir légalement un prévenu dans une maison d'arrêt ou de justice (1).

§ 3. — *Des tribunaux devant lesquels le principe de l'imputation est appliqué.*

Tribunaux militaires maritimes. — La loi du 9 avril 1895 a rendu applicable la loi du 15 novembre 1892 devant les tribunaux militaires maritimes.

Cette application n'étant que partielle, il est nécessaire de reproduire le texte qui l'autorise.

Art. 258 Code de justice maritime (modifié par la loi du 9 avril 1895). « Quand il y a une détention « préventive suivie d'une condamnation aux travaux « forcés, à la déportation, à la détention, à la réclu-

Code d'instruction criminelle ; que, par suite, une nouvelle mise en liberté sous caution doit être obtenue de la juridiction qui a rendu la décision attaquée. Cassation 31 octobre 1890, *la Loi*, 10 décembre 1890.

1. *Contra*, Supplément au *Répertoire* de Dalloz, V. Peine, n° 207 : le point de départ de son argumentation est inexact : l'accusé qui s'est pourvu et qui a échoué ne perd pas nécessairement le bénéfice de l'imputation pour la période de détention postérieure à la condamnation.

« sion, au bannissement, aux travaux publics ou à « l'emprisonnement, cette détention préventive est « intégralement déduite de la durée de la peine qu'à « prononcée le jugement, à moins que les juges « n'aient ordonné, par disposition spéciale et moti- « vée, que cette imputation n'ait point lieu ou « qu'elle n'ait lieu que pour partie. En ce qui con- « cerne la détention préventive comprise entre la « date du jugement et le moment où la condamna- « tion commence à courir, elle est toujours imputée « dans les deux cas suivants :

« 1° Si le condamné n'a point exercé de recours « contre le jugement.

« 2° Si, ayant exercé un recours, sa peine a été « réduite.

« Est réputé en état de détention préventive, tout « individu privé de sa liberté sous inculpation d'un « crime ou d'un délit ».

Le texte du nouvel article 258 nous indique très nettement quel est le véritable caractère de l'imputation.

Le point de départ des peines en matière maritime, varie suivant la nature de la peine. Les unes comme les travaux forcés et la déportation commencent à courir à partir du jour de la dégradation militaire ; les autres, comme les travaux publics, à partir du jour de la lecture du jugement devant l'équipage ; les autres enfin, comme l'emprisonne-

ment et la double boucle, à partir du jour où le condamné est détenu en vertu de la condamnation devenue irrévocable, qui prononce la peine. Or, la détention préventive est, à moins de refus exprès, imputée sur ces peines quel que soit leur point de départ.

L'imputation n'avance donc pas le point de départ des peines et a seulement pour effet de faire diminuer leur durée.

Tribunaux militaires de l'armée de terre. — La plupart des auteurs refusent d'appliquer aux condamnations prononcées par les Conseils de guerre, les règles sur l'imputation qui ont été édictées par la loi du 15 novembre 1892.

Ils déclarent que les dispositions du Code de justice militaire qui fixent le point de départ des peines, et notamment l'article 151, sont inconciliables, avec celles du nouvel article 24.

Cette discussion nous donne l'occasion de redire que l'article 24 ne modifie pas le point de départ des peines, et de rappeler que la loi du 9 avril 1895 en fondant l'article 24 dans l'article 258 du Code de justice de l'armée de mer a maintenu un système de point de départ des peines, très différent de celui établi par la loi du 15 novembre 1892 (1).

1. *Contra* : Goulé, *De la détention préventive*, page 80, n° 35 ; Delvaille, locution citée, n° 122, page 303.

§ 4. — *De la non-rétroactivite de la loi du 15 novembre 1892.*

L'article 2 de la loi du 15 novembre 1892 est ainsi conçu : « La présente loi n'aura pas d'effet « rétroactif ».

Quel est le sens de ce texte ?

Une loi est réputée avoir un effet rétroactif lorsqu'elle s'applique à des faits qui ont été commis avant sa promulgation. Les mots « effet rétroactif » de l'article 2 ne doivent pas être considérés comme ayant cette signification.

Ce que le législateur a voulu dire c'est que la loi du 15 novembre 1892 ne s'appliquerait qu'aux faits sanctionnés par une peine n'étant pas encore irrévocable le jour de la promulgation,

Il était nécessaire que le législateur s'exprimât sur ce point, car un effet rétroactif plus étendu aurait été attribué à la loi du 15 novembre 1892 en vertu des principes généraux sur cette matière ; la loi de 1892 pouvant, dans une certaine mesure être considérée comme une loi de forme.

A notre avis un effet rétroactif partiel aurait dû être accordé, et les déteuus en cours de peine au moment de la promulgation auraient dû bénéficier

de l'imputation dans les cas et dans la mesure où cette imputation est devenue obligatoire (1).

§ 5. — *Etendue d'application de la loi du 15 novembre 1892, au point de vue du territoire.*

« La loi du 15 novembre 1892 est applicable à « l'Algérie et aux colonies » (art. 3).

SECTION V

Des tribunaux compétents pour statuer sur les difficultés auxquelles peut donner lieu l'imputation.

Les magistrats du parquet ont, concurremment avec les agents de l'Administration pénitentiaire, le devoir de surveiller l'exécution des peines, mais leurs décisions ne sont pas sans appel. Les condamnés ont le droit de saisir les tribunaux de leur requête.

1. Il est nécessaire de rappeler ici que la loi du 15 novembre 1892 a augmenté les cas d'imputation obligatoire, en accordant le bénéfice de cette imputation non plus aux seuls condamnés à l'emprisonnement, mais aux condamnés à toutes les peines privatives de liberté.

Quelle est la juridiction à laquelle ils doivent s'adresser ?

La Cour de cassation, après beaucoup d'hésitations a admis la compétence de la juridiction répressive ayant prononcé la condamnation.

Les questions contentieuses qui s'élèvent à l'occasion de l'exécution des jugements et arrêts, soit quant à la prescription, soit quant à l'imputation de la peine, étant l'accessoire de l'action publique, doivent, dit la Cour, suivre le sort de cette action et être portées devant le juge compétent pour statuer sur celle-ci (1).

Cette théorie n'est pas sans inconvénient. Le condamné peut, au moment où il forme sa requête être hors de France, ou dans une maison centrale très éloignée du tribunal compétent. Il peut enfin avoir été condamné par une juridiction non permanente.

Aussi certains auteurs proposent-ils, en s'appuyant sur des nécessités pratiques et sur un argument d'analogie tiré de l'article 805 du Code de procédure civile de reconnaître la compétence du tribunal civil du lieu de la détention.

La Cour de cassation a, jusqu'à l'heure actuelle refusé d'accueillir cette prétention (2). Il faut du

1. Cass. 2 juin 1893, D. P. 1893. II. 512.

2. Cassation 9 juillet 1859, B. 1859, p. 291 ; Cass. 23 février 1833, B. 1833, p. 104.

reste avouer que l'argument tiré de l'article 805 est sans valeur aucune.

En vertu de quels principes appliquerait-on en matière pénale, un texte du Code de procédure par lequel le législateur n'a entendu réglementer que les demandes d'élargissement formées par les débiteurs subissant la contrainte par corps ?

CHAPITRE IV

DES CAUSES QUI SUSPENDENT LA DÉTENTION PRÉVENTIVE

La nécessité de la détention préventive varie suivant la gravité du délit qu'il s'agit de réprimer, et pour le même délit, elle ne se fait pas sentir au même degré pendant tout le cours de l'instruction. Quelques jours après la délivrance du mandat d'arrêt ou de dépôt, les présomptions de culpabilité peuvent diminuer et devenir telles, que tout en permettant encore de traduire le prévenu devant une juridiction répressive, elles ne semblent pas justifier suffisamment un emprisonnement préventif.

Une autre situation peut se présenter.

Les preuves de culpabilité peuvent au contraire devenir accablantes. Il n'y a plus lieu, dès lors, de redouter une subornation de témoins.

Le magistrat instructeur sera-t-il dans tous ces cas obligé de maintenir le prévenu en état de détention préventive jusqu'au jugement à intervenir ? Le

législateur a estimé qu'il ne devait pas en être ainsi ; il a donné à la détention préventive un double tempérament : la mainlevée des mandats de dépôt et d'arrêt, et la mise en liberte provisoire.

TITRE I

DE LA MAINLEVÉE DES MANDATS DE DÉPÔT ET D'ARRÊT

Sous l'empire du Code d'instruction criminelle, le juge d'instruction ne pouvait pas donner main levée des mandats de dépôt ou d'arrêt.

Les Chambres du conseil et des mises en accusation avaient seules le droit, quand les preuves de la culpabilité ne leur paraissaient pas suffisantes, d'ordonner la mise en liberté du prévenu, sans renvoi devant une juridiction.

Les auteurs trouvaient excessive une pareille sévérité, mais ils l'expliquaient en disant qu'il n'appartenait pas au ministère public de renoncer à l'action publique après l'avoir intentée et qu'il ne devait pas appartenir au juge d'instruction de renoncer aux effets des mandats qui sont acquis à l'action publique (1).

Quoi qu'il en soit, le système du Code d'instruc-

1. Dalloz, *Répertoire alph.*, V. Instruction criminelle, n° 642.

tion criminelle aboutissait à d'injustes solutions. En vain le juge s'apercevait-il, au cours de l'instruction du caractère bénin d'une infraction qu'il avait crue grave. Le sort de l'inculpé était définitivement fixé par le mandat de dépôt ou d'arrêt. Le juge ne pouvait revenir sur sa décision. Le seul moyen pour le prévenu de sortir de l'état de détention préventive, était de faire une demande de mise en liberté provisoire, que l'exigence du cautionnement rendait impossible pour les prévenus n'ayant pas de fortune personnelle. Il fallait un remède.

Ce remède fut apporté par deux lois: la loi du 4 avril 1855 et la loi du 14 juillet 1865.

La loi du 4 avril 1855 vint autoriser le juge d'instruction à donner, sur les conclusions conformes du procureur impérial, mainlevée du mandat de dépôt. Ce texte ne parlait pas du mandat d'arrêt. La mainlevée en était donc interdite. Cette interdiction résultait du silence de la loi de 1855 et de l'exposé des motifs où il était dit que le mandat d'arrêt qui est soumis à certaines formalités, devait être assimilé à un jugement et considéré, par suite, comme irrévocable. Cette distinction pouvait avoir une certaine valeur théorique, mais dans la pratique, le mandat de dépôt et le mandat d'arrêt étaient décernés indifféremment par le magistrat instructeur, et il paraissait peu équitable de donner une situation privilégiée à celui qui était placé sous mandat de

dépôt, alors que le hasard seul déterminait l'emploi de ces deux mandats.

La loi du 14 juillet 1865, supprima cette anomalie en ajoutant à l'article 94 un paragraphe 3 ainsi conçu : « le juge d'instruction pourra, sur les con-
« clusions conformes du procureur de la République,
« et quelque soit la nature de l'inculpation, donner
« mainlevée de tout mandat de dépôt ou d'arrêt à
« la charge, pour l'inculpé, de se représenter à tous
« les actes de la procédure et pour l'exécution du
« jugement. aussitôt qu'il en sera requis. »

Depuis la loi du 14 juillet 1865, les mandats de dépôt et d'arrêt peuvent être l'un et l'autre, l'objet d'une mainlevée.

Cette mainlevée doit être donnée par le juge d'instruction ou par les personnes qui sont substituées au juge d'instruction.

Une seule formalité est requise. La mainlevée doit être précédée des conclusions conformes du procureur de la République (article 94, § 3).

Il était nécessaire que le législateur l'indiquât expressément, car le mandat de dépôt pouvant être décerné sans le concours du procureur de la République, n'aurait-on pas été amené à penser que l'assentiment de ce magistrat était également inutile pour la mainlevée de ce mandat? Le législateur a étouffé toute discussion en déclarant nécessaires les conclusions conformes du procureur de la Républi-

que. Le rapport de la commission de la loi du 4 avril 1855, nous indique la raison d'être de cette disposition.

Le législateur a voulu placer deux responsabilités au lieu d'une seule à côté d'une mesure aussi délicate et aussi importante que la mainlevée du mandat de dépôt.

L'ordonnance de mainlevée ne doit pas être soumise à d'autres conditions. Le juge d'instruction ne pourrait pas, notamment, subordonner la délivrance de cette ordonnance au dépôt d'un cautionnement (1).

L'article 94 dit bien, il est vrai, que l'inculpé devra prendre l'engagement de se représenter à tous les actes de la procédure et pour l'exécution du jugement, aussitôt qu'il en sera requis, mais le magistrat instructeur renonce le plus souvent à exiger un engagement qui n'est accompagné d'aucune garantie particulière (2).

L'ordonnance de main levée n'est pas susceptible d'opposition (art. 94, *in fine*). Par cette disposition le législateur a entendu fermer cette voie de recours à la partie civile seule. En effet l'ordonnance de main levée doit être précédée des conclusions conformes du procureur de la République ; il est évident que le législateur n'a pas entendu ôter au mi-

1. Dutruc, *Le code de la détention préventive*, 1866, n° 24.
2. Laborde, *Cours élémentaire de droit criminel*, n° 1063.

nistère public un droit qui, par la force même des choses, ne pouvait lui appartenir.

La suspension de l'état de détention préventive produite par l'ordonnance de main levée est essentiellement provisoire. Le juge, quelle que soit la nature de l'inculpation, peut donner main levée des mandats de dépôt ou d'arrêt, mais il peut aussi, à tous moments revenir sur sa décision et décerner contre l'inculpé un nouveau mandat. M. Dutruc estime cependant que le magistrat instructeur ne pourra ordonner de nouveau l'arrestation de l'inculpé sans l'assentiment du procureur de la République (1).

Aucun texte ne vient édicter cette obligation et les raisons d'analogie invoquées par cet auteur ne paraissent pas suffisantes, pour justifier l'opinion qu'elles sont destinées à soutenir.

TITRE II

DE LA MISE EN LIBERTÉ PROVISOIRE

La mise en liberté provisoire était réglementée avant la loi du 14 juillet 1865, par les articles 113, 114 et suivants du Code d'instruction criminelle. Il est utile de résumer cette réglementation.

1. Dutruc, *loc. cit.*, n° 56.

La liberté provisoire ne pouvait jamais être accordée en cas de crime ; elle ne pouvait l'être en cas de délit si le prévenu était un vagabond ou un repris de justice. En dehors de ces cas, la liberté provisoire pouvait toujours être accordée par le juge d'instruction, mais elle était facultative et subordonnée au versement d'un cautionnement dont le minimum était de 500 francs (1).

Cette législation était peu libérale. Si minime que soit le délit, le prévenu auquel il était reproché, n'avait jamais droit à la liberté provisoire, et, pour l'obtenir, il devait fournir un cautionnement important qu'il était la plupart du temps dans l'impossibilité de consigner.

Subordonner la mise en liberté provisoire à des conditions aussi rigoureuses ; c'était presque la rendre inaccessible. M. Roger présenta en vain, dans le courant de l'année 1831, un projet de loi tendant notamment à supprimer la nécessité du cautionnement. Les projets se succédèrent jusqu'en 1865, mais à cette époque aucune réforme n'avait encore été apportée si on excepte le décret du 23 mars 1848 qui avait supprimé le minimum de cautionnement.

La loi du 14 juillet 1865 a placé à côté de la mise en liberté provisoire facultative, la mise en liberté

1. Le minimum de cautionnement fut supprimé par un décret du gouvernement provisoire en date du 23 mars 1848.

provisoire de droit. La première est une faveur ; la seconde est un droit pour le prévenu. Les effets qu'elles produisent et surtout les conditions auxquelles elles sont soumises sont loin d'être identiques ; aussi convient-il d'envisager séparément ces deux formes de la mise en liberté provisoire.

SECTION I

De la mise en liberté provisoire de droit.

La mise en liberté provisoire de droit est organisée par le nouvel article 113, Code d'instruction criminelle, (§ 2 et § 3) ainsi conçu : « En matière « correctionnelle, la mise en liberté sera de droit, « cinq jours après l'interrogatoire, en faveur du « prévenu, domicilié, quand le maximum de la « peine prononcée par la loi sera inférieur à deux « ans d'emprisonnement. La disposition qui pré- « cède ne s'appliquera ni aux prévenus déjà con- « damnés pour crime, ni à ceux déjà condamnés à « un emprisonnement de plus d'une année. »

Les conditions requises pour la mise en liberté provisoire de droit sont au nombre de quatre.

1° Il faut qu'il s'agisse d'un délit. Si le détenu est accusé d'un crime, il pourra seulement solliciter la

mise en liberté provisoire facultative. L'intérêt de la répression, la nécessité de sauvegarder la société contre de nouvelles atteintes exigent en principe dans cette hypothèse, le maintien de la détention préventive.

2° Le maximum de la peine encourue doit être inférieur à deux ans d'emprisonnement.

Une difficulté se présente. Comment déterminer la peine encourue ? Faudra-t-il nécessairement tenir compte de la qualification donnée dans le mandat ou dans le réquisitoire introductif ? Cette opinion n'est pas soutenable, car la qualification mentionnée dans ces actes ne lie nullement le juge d'instruction, et le mandat de dépôt ne la contient pas nécessairement, article 96 (1). Il paraît équitable d'admettre que le juge d'instruction devra considérer la peine encourue à raison du délit qui lui paraît, au moment de la demande de mise en liberté, devoir faire l'objet d'un renvoi devant un tribunal répressif.

Si le juge d'intruction n'accordait pas la mise en liberté provisoire en se basant sur la qualification inscrite dans le mandat ou dans le réquisitoire, il appartiendra au défenseur de faire opposition à l'ordonnance du juge d'instruction et de démontrer

1 Le juge d'instruction est lié par le réquisitoire en ce sens seulement qu'il ne peut jamais faire porter l'information sur des faits autres que ceux qui lui ont été déférés.

par un mémoire produit devant la Chambre des mises en accusation que l'instruction faite jusqu'à ce jour par ce magistrat a eu pour but et pour effet d'établir non le délit mentionné dans le mandat ou dans le réquisitoire, mais un autre délit puni par la loi d'une peine inférieure à deux ans d'emprisonnement.

3° Le prévenu doit être domicilié (article 113, § 2). Le domicile exigé par la loi est une résidence habituelle. Il faut prendre ici le mot domicile dans le sens que lui a donné la jurisprudence lorsqu'elle a eu à appliquer l'article 270 du Code pénal.

4° Le prévenu ne doit pas avoir déjà été condamné pour crime, ni a un emprisonnement de plus d'une année (art. 113, *in fine*). Cette formule qui est, il faut le reconnaître un peu ambiguë, a donné naissance à une controverse.

Une personne accusée d'un crime peut par suite de l'application de l'article 463 du Code pénal, être condamnée à une peine ne dépassant pas un an d'emprisonnement. Cette condamnation lui enlèvera-t-elle dans l'avenir le bénéfice de la liberté provisoire de droit ? Certains auteurs pensent qu'il doit en être ainsi : ils s'appuient surtout sur les termes d'une circulaire du ministre de la justice en date du 14 octobre 1865 (1).

1. Faustin-Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, tome V, page 690 ; Morin, *Journal du droit criminel*, article 8112, p. 3 ; Filhos, *De la détention préventive*, page 89.

L'opinion contraire a également des partisans nombreux (1). Elle a l'avantage de donner à un texte ambigu l'interprétation la plus favorable au prévenu, et elle est en cela plus généreuse que la précédente. Elle est aussi plus logique, car ce que le législateur a voulu, c'est exclure d'une faveur les prévenus qui ne lui en paraissaient pas dignes. Or le degré de moralité d'un prévenu est indiqué, non par le titre de la prévention, mais bien plutôt par la nature de la peine qui l'a frappé.

La liberté provisoire est de droit, dit l'article 113, paragraphe 2, cinq jours seulement après l'interrogatoire. Ce délai permettra au juge d'instruction de s'assurer de l'identité du prévenu, et de déterminer la qualification du fait poursuivi. Si ces renseignements parviennent au magistrat avant l'expiration du délai de cinq jours, il aura le devoir moral de mettre immédiatement le prévenu en liberté. Ce délai n'est qu'un maximum établi par la loi. Le vœu du législateur est que le prévenu qui remplit les conditions précédemment indiquées soit relaxé sans aucun retard.

Telle est cette institution de la liberté provisoire de droit, que la loi du 14 juillet 1865 a introduite dans notre législation pénale. Il faut rendre

1. Flamand, *De la détention préventive,* pages 144, 145 et 146; Dutruc, *loc. cit.,* n° 52; Camuset, *De la détention préventive*, n° 61.

justice aux pensées généreuses qui ont inspiré cette innovation, mais il faut reconnaître que cette loi n'a pas produit les effets importants qu'on aurait été tenté de lui attribuer. En privant du bénéfice de la liberté provisoire de droit tous les détenus prévenus d'une peine dépassant deux ans d'emprisonnement, elle a trop restreint son domaine d'application. Si on veut bien jeter les yeux sur le livre III du Code pénal, on s'apercevra facilement que les délits punis d'une peine inférieure à deux ans d'emprisonnement sont peu nombreux, et que, parmi ces délits se trouvent les délits de vagabondage et de mendicité dont les auteurs n'ont pas, la plupart du temps, de domicile et ne peuvent, par suite, invoquer le bénéfice de la liberté provisoire de droit.

Le compte général sur l'administration de la justice criminelle corrobore ces assertions.

En 1875, sur 100.829 individus mis en état de détention préventive, 178 seulement furent mis en liberté provisoire, par application de l'article 113 § 2. En 1896 le nombre des mises en liberté de droit était moins élevé encore (1).

1. Voir à la fin de cette étude un extrait du compte rendu de l'administration de la justice criminelle pour l'année 1896

SECTION II

De la mise en liberté provisoire facultative.

La mise en liberté provisoire facultative peut être accordée pendant tout le cours de la détention préventive (2), et quel que soit le titre de la prévention. « En toute matière, le juge d'instruction pourra, « sur la demande de l'inculpé, et sur les conclu- « sions du procureur de la République, ordonner « que l'inculpé sera mis provisoirement en liberté, « à charge, par celui-ci, de prendre l'engagement « de se représenter à tous les actes de la procédure « et pour l'exécution du jugement, aussitôt qu'il « en sera requis (art. 113, § 1) » :

1° La demande de mise en liberté provisoire devra être faite sous forme de requête écrite. Il n'est pas nécessaire qu'elle soit sur papier timbré (2). Le prévenu pourra l'accompagner d'observations écrites (art. 117, *in fine*).

Elle sera signée du prévenu ou de son défenseur;

2. L'inculpé détenu ne peut cependant être mis en liberté à partir du moment où un arrêt de la Chambre des mises en accusation l'a renvoyé devant une Cour d'assises (article 126 Code d'instruction criminelle).

2. Dutruc, *loc. cit.*, n° 70.

2° L'article 118 subordonne la mise en liberté provisoire facultative à l'accomplissement d'une autre formalité : « La demande en liberté provisoire « sera notifiée à la partie civile, à son domicile ou à « celui qu'elle aura élu ; elle pourra, dans le délai « de vingt-quatre heures, à partir du jour de la « notification, présenter des observations écrites ».

Les auteurs considèrent généralement cette disposition comme inutile et maladroite (1). Une critique aussi sévère est exagérée. Ce qu'il est vrai de dire, c'est que cette disposition qui a été empruntée à l'ancien article 116 a perdu une partie de son utilité. L'ancien article 121 affectait, par privilège, le cautionnement au paiement des réparations civiles et des frais avancés par la partie civile. On voit quel intérêt présentait, pour la partie civile, la fixation du cautionnement. A l'heure actuelle et depuis la loi du 14 juillet 1865, le cautionnement ne garantit plus le paiement des réparations civiles, mais il garantit encore le paiement des frais avancés par la partie civile. La partie civile a donc encore intérêt à intervenir lors de la fixation du cautionnement.

Si bien qu'avertie, elle n'intervient pas, elle sera déchue de son droit d'opposition contre l'ordonnance fixant le montant du cautionnement.

Dans le cas où la notification n'aurait pas été faite,

1. Flamand, *loc. cit.*, n° 166 ; Camuset, *loc. cit.*, n° 68 ; Filhos, *loc. cit.*, page 95.

la demande devrait être déclarée non recevable, et la partie civile conserverait le droit de veiller à ce que le cautionnement soit suffisant pour garantir les frais par elle avancés (1).

La nécessité de la notification cesse lorsque la mise en liberté ne peut être subordonnée au versement d'un cautionnement, notamment dans l'hypothèse prévue par l'article 113, § 2 ;

3° La requête doit être communiquée au ministère public. Le magistrat donne ses conclusions par écrit. S'il les donne oralement il devra être fait mention de son audition (2).

4° Le prévenu ou accusé doit « préalablement à la « mise en liberté avec ou sans cautionnement, par « acte reçu au greffe, élire domicile, s'il est inculpé, « dans le lieu où siège le juge d'instruction, s'il est « prévenu ou accusé, dans celui où siège la juridic- « tion saisie du fond de l'affaire ».

On peut remarquer que l'article 121 *in fine* prévoit le cas où un accusé sollicite sa mise en liberté provisoire. Or l'accusé ne peut obtenir le bénéfice de la liberté provisoire que dans l'hypothèse prévue par l'article 11 de la loi du 8 décembre 1897.

1. Mangin, *De l'instruction ecrite,* tome I, n° 181 ; Dutruc, *loc. cit.*, n° 75 et n° 95.

2. Morin, *Journal du droit criminel*, article 8112, n° 17 ; Marion, Etude sur la loi du 14 juillet 1865, *Journal du ministère public,* 1865, page 303; Dutruc, *loc. cit.*, n° 72; Flamand, *loc. cit.*, n° 167.

La mise en liberté provisoire peut être demandée en tout état de cause.

L'autorité à laquelle la demande doit être adressée nous est indiquée par l'article 116 : « La mise en « liberté provisoire peut être demandée en tout état « de cause : à la chambre des mises en accusation, « depuis l'ordonnance du juge d'instruction jusqu'à « l'arrêt de renvoi devant la Cour d'assises ; au tri- « bunal correctionnel, si l'affaire y est renvoyée ; à « la chambre des appels correctionnels, si appel a « été interjeté du jugement sur le fond.

« Lorsque le condamné, pour rendre son pourvoi « admissible conformément à l'article 421 voudra « réclamer sa mise en liberté, il portera sa demande « devant la Cour ou devant le tribunal qui aura « prononcé la peine ».

Il faut placer à côté de cet article, l'article 11 de la loi du 8 décembre 1897. « Lorsque la Cour d'assises, « saisie d'une affaire criminelle, en prononce le ren- « voi à une autre session, il lui appartient de sta- « tuer sur la mise en liberté provisoire de l'ac- « cusé » (1).

Tels sont les textes qui indiquent les autorités compétentes pour connaître des demandes de mise en liberté provisoire. Ces textes n'envisagent pas

1. Avant la loi du 8 décembre 1897, la jurisprudence refusait ce droit aux Cours d'assises. Cour d'assises de la Dordogne, 20 avril 1888, *Droit*, 24 avril 1888.

toutes les difficultés qui peuvent se présenter, et il est nécessaire d'extraire de ces articles une théorie qui permettra de donner une solution dans les cas nombreux qui n'ont pas été prévus par le législateur.

Une idée domine cette matière, c'est que le prévenu peut toujours demander sa mise en liberté provisoire. Or un prévenu se trouve nécessairement dans une des trois situations suivantes:

1° Il est traduit devant une juridiction d'instruction ou une juridiction de jugement autre que la Cour de cassation. Il appartient dans ce cas à la juridiction saisie de statuer sur la demande de mise en liberté provisoire. Le paragraphe premier de l'article 116 contient trois applications de ce principe.

2° La juridiction d'instruction ou de jugement s'est dessaisie et son jugement ou arrêt a fait l'objet d'un pourvoi en Cassation. La Cour de cassation ne sera pas compétente, car elle statue uniquement sur des questions de droit. Le législateur l'a affirmé dans le cas particulier prévu par l'article 116 *in fine*. Le tribunal ou la Cour qui devra connaître de la demande de mise en liberté provisoire formée par le prévenu sera le tribunal ou la Cour précédemment saisis. Dans l'intérêt du prévenu, et grâce à une sorte de

fiction juridique, on prolonge les pouvoirs de cette juridiction (1) ;

3° Aucune juridiction n'est saisie. Tel est par exemple le cas où un prévenu condamné par un tribunal correctionnel fait pendant le délai d'appel une demande de mise en liberté provisoire. Il est hors de doute que la règle indiquée précédemment doit encore être appliquée. La juridiction compétente pour connaître de la demande de mise en liberté sera le tribunal correctionnel dessaisi par un jugement de condamnation.

Un autre exemple peut être emprunté à la pratique judiciaire : celui du conflit négatif d'attribution. La Cour de Poitiers a eu à statuer sur cette question à la suite des faits suivants.

Le prévenu R. avait été renvoyé devant le tribunal correctionnel de Saintes, par un arrêt de la Chambre des mises en accusation de la Cour de Poitiers, en date du 28 août 1858. Le tribunal correctionnel se déclara incompétent.

La Chambre des mises en accusation saisie d'une demande de mise en liberté provisoire formée par le prévenu R. se déclara compétente sur le fond. Après avoir proclamé ce principe que la liberté provisoire peut être demandée en tout état de cause, l'arrêt décide « que la Chambre des mises en accusation « de la Cour de Poitiers, par arrêt de laquelle le

1. Cassation 3 avril 1873, *Bulletin criminel*, n° 87.

« demandeur a été renvoyé devant le tribunal cor-
« rectionnel de Saintes, actuellement dessaisi, ne
« peut à défaut de toute autre juridiction saisie, se
« dispenser de suppléer celui-ci, puisque, par la
« force même des choses, la dite Cour se trouve être
« la seule qui ait caractère pour remplir l'office
« d'abord dévolu au dit tribunal » (1).

La décision accordant ou refusant la mise en liberté provisoire est prise par le juge d'instruction ou par la juridiction compétente statuant en Chambre du conseil, le ministère public entendu. La décision doit être motivée (Crim. cassation, 13 mai 1852, aff. Bonnet, Dalloz, P. 1852, V. 371).

Les décisions concernant la mise en liberté provisoire sont susceptibles d'opposition ou d'appel.

La jurisprudence l'admettait avant la loi du 14 juillet 1865 et le nouvel article 119 confirme cette jurisprudence : « L'opposition ou l'appel, dit l'ar-
« ticle suscité, devra être formé dans un délai de
« vingt-quatre heures, qui courra, contre le procu-
« reur de la République, à compter du jour de l'or-
« donnance ou du jugement, et contre l'inculpé ou
« la partie civile, à compter du jour de la notifica-
« tion.

1. Voir sur ce point les deux arrêts suivants : Poitiers, 27 juillet 1882, S. 1883. II. 161 et *Gazette du Palais*, 1882-83, 1er semestre, page 44 ; Cassation 28 mai 1886, *Gazette du Palais*, 1886, 2e semestre, page 292.

« L'opposition ou appel sera consigné sur un re-
« gistre tenu au greffe à cet effet. Le procureur
« général aura le droit d'opposition dans les formes
« et les délais prescrits par les trois derniers para-
« graphes de l'article 135 ».

Cet article ne comporte pas d'explication.

Il suffit de rappeler que le délai auquel fait allusion le paragraphe final, est un délai de dix jours, et que, dans cette hypothèse, l'article 135 *in fine* ordonne la mise en liberté provisoire de l'inculpé nonobstant l'opposition du procureur général.

L'article 119 ne parle pas du pourvoi en cassation. Le silence du législateur a amené les jurisconsultes à se demander si ce pourvoi était possible, et à rechercher dans quel délai il devait être formé

Sur la possibilité du pourvoi, l'accord entre les auteurs paraît être complet. Tous décident que les décisions relatives à la liberté provisoire sont susceptibles d'être attaquées devant la Cour de cassation (1).

Le second point fait, encore à l'heure actuelle, l'objet d'une vive controverse : quelques auteurs déclarent que le délai doit être le délai normal du pourvoi en cassation, c'est-à-dire le délai de 3 jours indiqué par l'article 373 du code d'instruction cri-

1. Dutruc, *loc. cit.*, n° 79 ; Camuset, *loc. cit.*, n° 77 ; Faustin-Hélie, *loc. cit.*, t. IV, n° 2004 ; Sarraute, *Manuel du juge d'inst.*, n° 663 ; Morin, *Journal de droit criminel*, art. 8112, n° 19.

minelle. Les autres auteurs appliquent, au contraire au pourvoi en cassation le délai spécial de vingt-quatre heures établi par l'article 119 en matière d'opposition et d'appel. Ces derniers s'appuient surtout sur la phrase suivante prononcée par le rapporteur de la loi du 14 juillet 1865 « Notre disposition « fera cesser une diversité regrettable en établissant « le même délai de vingt-quatre heures devant « toutes les juridictions ». Ne faut-il pas penser que le rapporteur ne songeait nullement au pourvoi en cassation en prononçant les paroles qui viennent d'être citées, et qu'en l'absence d'une dérogation formelle il y a lieu de s'en tenir au droit commun et d'adopter en conséquence le délai normal de trois jours de l'article 373 du Code d'instruction criminelle (1) ?

La liberté provisoire a des effets essentiellement temporaires. Elle prend fin normalement lorsqu'un jugement ou arrêt définitif a été rendu sur la prévention ou lorsqu'une ordonnance de prise de corps a été décernée (art 126 code d'inst. crim.), mais elle peut être retirée au prévenu lorsque celui-ci ne comparaît pas, bien que régulièrement cité ou ajourné (art. 125, Code d'inst. crim.), ou lorsque des cir-

1. Pour : Faustin-Hélie, *loc. cit.*, n° 2004 ; Marion, *loc. cit.*, page 304 ; Ortolan et Bonnier, *Eléments de droit pénal*, tome II, n° 2355, édition 1876 ; Flamand, *loc. cit.*, n° 207. Contre : Dutruc, *loc. cit.*, n° 79 ; Camuset, *loc. cit.*, n° 77 ; Laborde, *loc. cit.*, n° 1072 ; Garraud, *Précis de droit criminel*, page 608.

constances nouvelles rendent la détention préventive nécessaire. Toutefois si la liberté provisoire avait été accordée par la Chambre des mises en accusation, réformant l'ordonnance du juge d'instruction, le juge d'instruction ne pourrait décerner un nouveau mandat qu'autant que la Cour, sur les réquisitions du ministère public aurait retiré à l'inculpé le bénéfice de la décision (article 115 Code d'inst. crim.) (1).

SECTION III

Du cautionnement.

La mise en liberté sous caution est aussi ancienne que la détention préventive dont elle est un correctif. On trouve cette institution dans l'ancien droit où elle est connue sous le nom de récréance (2). Les établissements de Saint Louis (II, 5 et II, 7) accordent la récréance toutes les fois que l'accusé n'encoure pas la perte de vie ou d'un membre.

L'ordonnance de 1498 autorise également l'emploi de la mise en liberté sous caution lorsque les

1. L'article 115 n'est pas applicable en matière de liberté provisoire de droit.

2. Voir sur ce point Beaumanoir, livre III, 2 ; Livre de Justice et de Plet, XIX, 26, § 6.

officiers royaux adoptent la procédure ordinaire (1).

Le Code d'instruction criminelle subordonnait la mise en liberté provisoire au versement d'un cautionnement et en fixait le minimum. Il déterminait même dans une certaine mesure le montant du cautionnement. « Si la peine correctionnelle était à la « fois l'emprisonnement et une amende dont le « double excédait 400 francs, le cautionnement ne « pourrait pas être exigé d'une somme plus forte « que le double de cette amende ; s'il avait résulté du « délit un dommage civil appréciable en argent, le « cautionnement sera triple de la valeur du dom- « mage ainsi qu'il sera arbitré, pour cet effet seu- « lement par le juge d'instruction, sans néanmoins « que dans ce cas le cautionnement puisse être au- « dessous de 500 francs ». (Ancien article 119 § 1).

Des textes apportèrent des exceptions à la règle de la nécessité du cautionnement. Ce sont : 1° l'article 9 de la loi du 7 juin 1848 sur les attroupements 2° l'article 18 de la loi du 28 juillet 1848, sur les clubs ; 3° l'article 5 de la loi du 20 mai 1863, sur les flagrants délits. Enfin, la loi du 14 juillet 1865, étendant ces exceptions rendit facultatif le cautionnement.

Dans quelle forme doit être donné le cautionnement ? Sous l'empire de l'ancien article 117, le pré-

1. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle*, page 139.

venu pouvait déposer le montant du cautionnement en espèces dans la caisse du Receveur de l'Enregistrement et des Domaines, ou bien prendre ou faire prendre un engagement garanti par « des im- « meubles libres, pour le montant du cautionne- « ment, et une moitié en sus ».

Ces exigences, etnotamment la nécesité des inscriptions hypothécaires, mettaient la plupart du temps les prévenus dans l'impossibilité de se procurer une caution.

Aussi le législateur de 1865 a-t-il innové et placé à côté du cautionnement réel, le cautionnement purement personnel, laissant à l'autorité chargée d'accorder la mise en liberté provisoire, le droit d'exiger un des deux modes de cautionnement suivants :

1° Cautionnement purement personnel. Le tiers choisi comme caution doit prendre l'engagement de faire représenter l'inculpé à toute réquisition de justice, ou, à défaut de verser au Trésor la somme déterminée. Cet engagement se fait par un acte de soumission au greffe du tribunal ou de la Cour.

2° Cautionnement réel (1). L'autorité judiciaire qui en a reçu mission, a plein pouvoir pour statuer sur le quantum du cautionnement à fournir. Le

1. Cette dénomination est inexacte. Le contrat qui est formé dans cette hypothèse est un contrat de gage ou un contrat d'antichrèse.

montant du cautionnement est versé dans la caisse du receveur de l'enregistrement qui délivre un récépissé (article 121, n° 1). C'est sur le vu de ce récépissé que le procureur de la République qui est chargé d'exécuter les ordonnances du juge d'instruction, mettra l'inculpé en liberté.

Le cautionnement est surtout destiné à garantir la représentation de l'inculpé et à remplacer la détention préventive, mais tel n'est pas son seul effet, au moins, dans le cas du cautionnement réel fourni par le prévenu lui-même. « Le cautionne-
« ment garantit : 1° la représentation de l'inculpé
« à tous les actes de la procédure et pour l'exécu-
« tion du jugement ; 2° le paiement, dans l'ordre
« suivant : 1° des frais faits par la partie publique ;
« 2° de ceux avancés par la partie civile ; 3° des
« amendes. L'ordonnance de mise en liberté déter-
« mine la somme affectée à chacune des deux par-
« ties du cautionnement » (art. 114, § 2).

Cet article, doit être complété par les articles 122 et 123, Code d'instruction criminelle. « Les obliga-
« tions résultant du cautionnement cessent si l'in-
« culpé se présente à tous les actes de la procédure
« et pour l'exécution du jugement. La première
« partie du cautionnement est acquise à l'Etat, du
« moment que l'inculpé, sans motif légitime d'excuse,
« est constitué en défaut de se présenter à quelque
« acte de la procédure, ou pour l'exécution du juge-

« ment. Néanmoins, en cas de renvoi des poursuites, « d'absolution ou d'acquittement, le jugement ou « l'arrêt pourra ordonner la restitution de cette « partie du cautionnement (art. 122, Code d'instruc- « tion criminelle).

« La seconde partie du cautionnement est tou- « jours restituée en cas d'acquittement, d'absolu- « tion ou de renvoi de poursuites. En cas de con- « damnation, elle est affectée aux frais et à l'amende « dans l'ordre énoncé dans l'article 114 ; le surplus, « s'il y en a est restitué » (article 123, Code d'instruction criminelle).

Il ressort de ces articles que le cautionnement doit être divisé par l'ordonnance de mise en liberté en deux parties, dont la première est acquise par l'Etat en cas de non représentation de l'inculpé et dont la seconde est affectée au paiement des sommes énoncées dans l'article 114.

La première partie est acquise en totalité à l'Etat, par le seul fait que le prévenu ne s'est pas présenté à tous les actes de la procédure, sauf le cas où un motif légitime est invoqué.

Des difficultés s'élèvent sur le point de savoir ce qu'on doit entendre par ces termes : se présenter à tous les actes de la procédure. Une hypothèse surtout a attiré l'attention des jurisconsultes ; c'est celle d'un prévenu qui fait défaut à la suite du refus d'une remise.

Certains auteurs admettent que le prévenu ne doit pas perdre la première partie du cautionnement (1). La Cour de cassation a adopté l'opinion contraire (2).

Cette jurisprudence n'est pas aussi rigoureuse qu'elle paraît l'être, car le défaut sera la plupart du temps basé sur un motif légitime et le juge pourra en le constatant, ne pas retirer au prévenu la première partie du cautionnement (article 122, § 2).

Cependant il est préférable de dire que le prévenu ne perdra jamais, par le seul fait du defaut, tout ou partie de son cautionnement. Deux arguments peuvent être invoqués en faveur de cette théorie.

La perte du cautionnement est une peine. Or une peine ne peut frapper un prévenu qui use d'un des droits que la loi lui a accordés pour sa défense.

Il ne semble pas exact de dire avec la Cour de cassation qu'il résulte de la liberté provisoire sous caution en retour des avantages « qu'elle procure, « une restriction au droit de faire défaut ».

Si on considère maintenant le but de la mise en liberté sous caution, on est également amené à rejeter la solution admise par la Cour de cassation. Le but de cette institution est de remplacer la déten-

1. Morin, *Journal de droit criminel*, 1867, page 96.

2. Cassation crim., 1er février 1867, Dalloz, P. 1867. I. 191.

tion préventive et d'assurer l'exécution de la condamnation. Or les auteurs reconnaissent au prévenu détenu le droit de faire défaut (1). Comment ne pas reconnaître ce même droit en faveur du prévenu qui n'est lié que par le versement d'un cautionnement?

Quoi qu'il en soit, la première partie du cautionnement est acquise à l'Etat par le seul fait que le prévenu ne s'est pas présenté à un des actes de la procédure. Il importe peu que le prévenu se présente aux actes postérieurs et même à l'exécution du jugement. Néanmoins en cas de renvoi des poursuites, d'absolution ou d'acquittement, le jugement ou l'arrêt pourra ordonner la restitution de cette partie du cautionnement (2).

La seconde partie du cautionnement est affectée au paiement des sommes indiquées dans l'article 114, § 2 (Code d'instruction criminelle). Avant la loi du 14 juillet 1865, elle garantissait aussi le paiement des réparations civiles. Le législateur a pensé que le cautionnement qui est comme l'équivalent de la détention préventive, ne devait pas servir à garantir des intérêts privés. En cas d'acquittement, cette partie du cautionnement est restituée pour le tout.

1. Dalloz, Supplément *Répertoire alph.*, V. Jugements par défaut, n° 219; Labori, *Répertoire du droit français*, V. Jugements par défaut, n° 108.

2. L'attribution à l'Etat de cette première partie du cautionnement est irrémissible par voie de grâce (Circulaire du ministre de la Justice du 14 octobre 1865).

En cas de condamnation elle est restituée pour la partie restée libre après le paiement des sommes indiquées dans l'article 114 § 2 (1). Si le prévenu a été condamné à une simple amende, le cautionnement doit lui être restitué en entier (2).

Telle est la théorie de la liberté sous caution.

Elle repose, ainsi qu'on l'a vu, sur la division du cautionnement en deux parties, dont la première est spécialement destinée à assurer la représentation de l'inculpé, et la seconde le payement des frais du procès.

Or, il peut arriver que l'autorité chargée de statuer sur la mise en liberté provisoire omette de déterminer les deux parties du cautionnement. La jurisprudence adopte alors la solution la plus favorable au prévenu, et l'autorise, en cas de condamnation, à retirer toute la partie du cautionnement restée libre après le payement des frais. « Lors-« qu'une ordonnance de mise en liberté provisoire « sous caution n'a pas déterminé, contrairement à « l'art. 114 (Code d'inst. crim.) : 1° la somme affec-« tée sur le cautionnement au payement des frais « et amendes, et 2° celle affectée à la garantie de « la représentation de l'inculpé, l'administration ne

1. Si le cautionnement est fourni par un tiers, la seconde partie doit lui être restituée, même en cas de condamnation. Pour : Filhos, *loc. cit.*, page 100 ; Mendes, *De la mise en liberté provisoire*, page 268. Camuset, *loc. cit.* v° 82.

2. Mendes, *loc. cit.*, page 268 ; Camuset, *loc. cit.*, n° 83.

« peut réclamer, même au cas où le condamné s'est « soustrait à l'exécution de la peine, la somme res- « tant libre après le payement des frais » (1).

Des difficultés peuvent s'élever, relatives soit à la restitution du cautionnement, soit à sa répartition entre les divers ayant droit. Ces difficultés sont tranchées sur requête en chambre du conseil, comme incidents de l'exécution du jugement (2).

TITRE III

DES AUTRES ÉVÉNEMENTS QUI SUSPENDENT LA DÉTENTION PRÉVENTIVE

La détention préventive est une conséquence de la mise en mouvement de l'action publique.

Les causes qui suspendent l'exercice de l'action publique doivent donc suspendre la détention préventive. C'est ainsi que la femme prévenue du délit d'adultère devra être remise en liberté, si le mari renonce aux poursuites (art. 337, Code pénal). De même, le prévenu détenu cessera d'être en état de

1. Tribunal correctionnel de St-Brieuc, 8 janvier 1889, *Gazette du Palais*, 1889, II, supp., page 17.

2. La procédure à suivre pour arriver à la restitution du cautionnement ou à sa répartition entre les ayants-droit, est déterminée par l'article 124 (Code d'inst. crim.).

détention préventive si, postérieurement à l'infraction, il est atteint d'aliénation mentale.

Un dernier événement mérite une place à part dans cette étude, car, contrairement aux précédents, il suspend la détention préventive, sans avoir pour effet de suspendre l'action publique. Cet événement est indiqué par l'art. 14, *in fine*, de la loi des 16 et 18 juillet 1875 : « La détention ou la poursuite « d'un membre de l'une ou de l'autre Chambre, est « suspendue pendant la session et pour toute sa « durée, si la Chambre le requiert. » Ainsi qu'il a déjà été dit, il n'y a pas, dans cette hypothèse, suspension de l'action publique. Le magistrat instructeur conserve en effet le droit de faire tous les actes d'instruction qui ne portent pas atteinte à la liberté du représentant du peuple (1).

1. Dalloz, Supplément, *Répertoire alph.*, V. Procédure criminelle, n° 329 ; A. Normand, *Traité élémentaire de droit criminel*, n° 805.

CHAPITRE V

DES CAUSES QUI METTENT FIN A LA DÉTENTION PRÉVENTIVE

Certains événements suspendent la détention préventive. Telles sont : la mainlevée des mandats et la mise en liberté provisoire. D'autres ont un effet plus complet et mettent nécessairement fin à la détention préventive. Ce sont les événements qui éteignent l'action publique. On peut citer l'amnistie et le jugement ou arrêt ayant force de chose jugée.

L'Etat représenté par le Parlement a le droit d'abdiquer le pouvoir de répression qui lui appartient. L'acte par lequel le Parlement efface une infraction et cela dans un but humanitaire ou politique, porte le nom d'amnistie (1). Si une personne est en état de détention préventive à raison d'un fait pour lequel l'amnistie a été accordée, elle devra immédia-

1. M. Normand, *Traité de droit criminel*, n° 607 et suivants.

tement être remise en liberté, et ne pourra être arrêtée ou poursuivie pour le même fait.

Le jugement ayant force de chose jugée est le mode normal d'extinction de l'action publique. L'autorité de la chose jugée n'appartient qu'aux décisions émanant des juridictions de jugement.

Le prévenu en faveur de qui a été rendu une ordonnance ou un arrêt de non lieu, peut être replacé sous la main de la justice, si des charges nouvelles surviennent.

La date à laquelle une décision judiciaire devient irrévocable varie suivant la nature de la juridiction de laquelle elle émane et suivant les conditions dans lesquelles elle a été rendue. Nous donnerons ici un tableau très succinct des différents délais.

A. — *Condamnation prononcée par une Cour d'assises.*

1° Condamnation contradictoire.

La condamnation est définitive trois jours francs après sa prononciation. Si un pourvoi a été formé, elle le devient seulement le jour où ce pourvoi a été rejeté par la Cour suprême.

2° Condamnation par contumace.

La condamnation devient irrévocable par l'expiration du délai de prescription ou par la mort du coupable.

B. — *Condamnation prononcée par un tribunal correctionnel.*

1° Condamnation contradictoire.

Le prévenu et le procureur de la République ont dix jours pour faire appel, le procureur général a un délai d'un ou de deux mois : « Le procureur gé- « néral devra notifier son recours, soit au prévenu, « soit à la personne civilement responsable du dé- « lit, dans les deux mois à compter du jour de la « prononciation du jugement, ou si le jugement lui « a été également signifié par l'une des parties « dans le mois du jour de cette notification, sinon « il sera déchu » (art. 205, Code d'Inst. crim.).

2° Condamnation par défaut.

α. La signification a été faite à personne

Le condamné a cinq jours pour signifier son opposition (art. 187, Code d'Inst. crim.) et dix jours pour faire appel (art. 203, C. Inst. crim.).

β. La signification a été faite au Parquet ou au domicile du condamné.

La condamnation ne deviendra irrévocable que cinq ans après l'infraction. On ne peut interpréter autrement le paragraphe suivant de l'art. 187 du Code d'Instruction criminelle (modifié par la loi du 27 juin 1866) : « Toutefois, si la signification n'a « pas été faite à personne, ou s'il ne résulte pas « d'actes d'exécution du jugement que le prévenu « en a eu connaissance, l'opposition sera recevable « jusqu'à l'expiration des délais de la prescription « de la peine. »

γ. La condamnation n'a pas été signifiée.

Elle ne sera jamais définitive.

C. — *Condamnation prononcée par un tribunal de simple police.*

La condamnation devient irrévocable lors de l'expiration du délai de dix jours que l'art. 174 du Code d'Inst. crim. accorde au condamné pour faire appel.

L'application rigoureuse de la théorie de la chose jugée avait pour conséquence le maintien en état de détention préventive pendant les dix jours du délai d'appel du prévenu acquitté par un jugement du tribunal correctionnel.

La loi du 28 avril 1832 réduisit le délai d'appel à trois jours et la loi du 14 juillet 1865 décida « qu'en cas d'acquittement, le prévenu serait im- « médiatement et nonobstant appel, remis en li- « berté. »

Cette dérogation se justifie ; le jugement d'acquittement n'a pas l'autorité de la chose jugée, mais il constitue une présomption d'innocence qui doit l'emporter sur la présomption de culpabilité résultant de l'ordonnance de renvoi.

On admet par analogie qu'en cas d'arrêt d'acquittement suivi d'un pourvoi en cassation formé par le ministère public, le prévenu acquitté devrait être relaxé.

Certains auteurs croient à l'existence d'une se-

conde dérogation et prétendent que la détention préventive doit prendre fin, lorsqu'antérieurement à l'arrêt de rejet d'un pourvoi en cassation, le comdamné se trouve avoir subi une détention de durée égale à celle de la peine prononcée contre lui (1).

Cette théorie, qui s'appuie sur les paroles de M. Graux, rapporteur de la loi du 15 novembre 1892 devant la Chambre des députés, nous paraît vicieuse et basée sur une intelligence imparfaite de cette loi.

L'effet de l'imputation n'est pas d'avancer le point de départ de la peine, mais seulement de faire opérer une soustraction sur le chiffre de la peine infligée (2).

Depuis la loi du 15 novembre 1892, les peines privatives de liberté ne commencent jamais à courir que le jour où une condamnation irrévocable a été prononcée.

Comment soutenir qu'une peine a été exécutée, alors que légalement son exécution est encore impossible ?

1. Camuset, *loc. cit.*, n° 119 ; Circulaires de M. le procureur général Naquet des 22 mars 1893 et 2 février 1894 (*Journal du Parquet*, 1893, 3e partie, page 33 et page 159).

2. Nous nous sommes efforcés de démontrer dans la section II du chapitre III que l'imputation n'avait pas pour effet de transformer la détention préventive en un emprisonnement répressif, mais de faire diminuer la peine proportionnellement à la détention préventive subie.

La Cour de cassation a mis récemment en lumière ces principes que certains commentateurs avaient trop facilement oubliés. Les faits qui amenèrent sur ce point plusieurs décisions judiciaires étaient les suivants : Le sieur T..., prévenu du délit d'extorsion de fonds, fut placé sous mandat de dépôt le 8 janvier 1895.

Par jugement du tribunal correctionnel de la Seine, confirmé par un arrêt de la Cour d'appel de Paris, en date du 15 mars 1895, il fut condamné à quatre mois de prison. Le pourvoi en cassation fut rejeté le 25 mai 1895. Antérieurement à la date du 10 avril, T.... adressa à la Cour d'appel de Paris (chambre correctionnelle) une requête aux fins de mise en liberté, par ce motif que, ayant subi l'emprisonnement cellulaire pendant 83 jours, ce qui, aux termes de la loi du 5 juin 1875, équivalait à 110, et ayant été détenu 10 jours hors cellule, il devait être mis en liberté.

La Cour d'appel de Paris accueillit la requête formée par le sieur T..., alléguant notamment que le mandat de dépôt, qui a pour objet principal d'assurer l'exécution de la peine éventuelle contre le prévenu, ne peut survivre à l'exécution de la peine prononcée en dernier ressort.

Le ministère public fit un pourvoi en cassation et la Cour, statuant sur ce pourvoi, cassa l'arrêt attaqué en déclarant que la peine ne commence à

courir que le jour où la condamnation est devenue irrévocable. Elle rappela, en outre, qu'un arrêt frappé d'un pourvoi n'était pas irrévocable et que, par suite, la peine prononcée par cet arrêt ne pouvait être exécutée avant le rejet du pourvoi (1).

1. Cet arrêt est, à notre connaissance, le seul qui ait été rendu sur ce point, par la Cour de cassation. Aussi, croyons-nous utile de le reproduire intégralement :

« La Cour,

« Sur le moyen tiré de la violation de l'article 373 du Code « d'instruction criminelle et des articles 23 et 24 du Code « pénal. Attendu que T..., poursuivi pour le délit d'extorsion « de fonds, a été placé sous mandat de dépôt le 8 janvier « 1895 ; qu'il a été condamné à 4 mois de prison par la Cour « d'appel de Paris le 15 mars suivant, et qu'il s'est pourvu « contre cette décision.

« Attendu que l'arrêt de la Cour d'appel de Paris a or- « donné la mise en liberté de T... parce qu'il aurait com- « mencé à subir l'emprisonnement à partir du mandat de « dépôt et que le pourvoi ne faisait pas obstacle à l'exécution « de la peine.

« Attendu qu'aux termes de l'article 23 du Code pénal, la « durée de toute peine privative de la liberté compte du « jour où le condamné est détenu en vertu de la condamna- « tion devenue irrévocable qui prononce la peine.

« Attendu que d'après les articles 373 et 375 du Code « d'instruction criminelle, le pourvoi en cassation, sauf les « exceptions prévues par la loi, est suspensif et empêche la « décision contre lequel il est dirigé, de devenir irrévocable.

« Attendu que l'arrêt du 15 mars 1895, frappé d'un pour- « voi suspensif, n'était pas irrévocable le jour où la Cour « d'appel a ordonné la mise en liberté de T..., car la Cour « de cassation n'avait pas été mise en mesure de statuer sur « le recours, que dès lors la peine n'avait pas commencé à « courir et que c'est à tort que la Cour d'appel de Paris l'a

CHAPITRE VI

DES RÉFORMES APPORTÉES A LA LÉGISLATION SUR LA DÉTENTION PRÉVENTIVE

Le Code avait un caractère rétrograde très net. Ses dispositions sur l'instruction préparatoire et en particulier sur la détention préventive avaient été empruntées, non aux lois de l'époque révolutionnaires, mais à l'ordonnance de 1670.

La détention préventive était l'état ordinaire du prévenu. La liberté provisoire ne pouvait être accordée qu'en cas de délit, et était subordonnée au versement d'un cautionnement dont le Code déterminait le minimum.

Au commencement du second Empire, un courant réformateur se dessina. A partir de cette époque,

« considérée comme subie et a prescrit l'élargissement du « détenu. Casse... »

Cassation, 20 juin 1895, D. P. 1895. I. 326 (Voir sous l'arrêt cité une note de M. Louis Sarrut).

des lois nombreuses vinrent donner aux prévenus les garanties qu'ils étaient en droit d'attendre et concilièrent, mieux que ne l'avaient fait les législations antérieures, le respect dû à la liberté individuelle et les nécessités de la répression.

SECTION I

Des lois qui ont eu pour effet de diminuer la durée de la détention préventive.

1° *Décret des 23 et 24 mars* 1848. — Ce décret facilite au prévenu l'admission à la liberté provisoire sous caution, alors seule possible, en supprimant le minimum de cautionnement indiqué par l'article 119 § 1 du Code d'instruction criminelle.

2° *Loi du 4 avril* 1855. — Cette loi modifie l'article 94 du Code d'instruction criminelle. Elle autorise le juge d'instruction à donner sur les conclusions conformes du procureur impérial, mainlevée du mandat de dépôt, et cela, quelle que soit la nature de l'inculpation.

3° *Loi du 20 mai* 1863. — La loi de 1863 n'a eu qu'indirectement pour effet de rendre la détention préventive plus brève. Son effet principal et son but étaient de diminuer la tâche des juges d'instruction

des villes populeuses, en permettant de leur enlever un grand nombre d'affaires peu importantes que des raisons de procédure mettaient le procureur de la République dans l'obligation de leur confier.

Lorsque, avant la loi de 1863, un délit sans gravité avait été commis (vagabondage, mendicité...), le procureur de la République ne pouvait prendre que deux partis. 1° Saisir le juge d'instruction dont l'attention était ainsi détournée des affaires importantes ; 2° citer directement le prévenu devant le tribunal correctionnel, conformément à l'article 182 du Code d'instruction criminelle.

Le procureur de la République devait alors mettre le prévenu en liberté.

La loi de 1863 a créé une troisième forme de procédure ; la procédure de flagrant délit.

Ce texte permet au procureur de la République de maintenir le prévenu en état de détention préventive, mais il accélère la procédure en abrégeant les délais et en simplifiant la forme des citations.

Désormais lorsqu'une personne prise en flagrant délit a été arrêtée et conduite devant le procureur de la République, ce magistrat a la faculté de décerner contre elle un mandat de dépôt. Il doit alors la traduire devant le tribunal correctionnel le jour même, ou au plus tard le lendemain. Le tribunal s'il ne statue pas immédiatement confirme le man-

dat de dépôt ou accorde au prévenu la liberté provisoire (1).

4° *Loi du 14 juillet* 1865. — Cette loi ayant déjà été étudiée, nous nous bornerons à rappeler qu'elle autorise la mainlevée du mandat d'arrêt et rétablit la liberté provisoire de droit, supprimée par le Code d'instruction criminelle.

5° *Loi du 8 décembre* 1897. — L'article 11 de cette loi donne à la Cour d'assises, saisie d'une affaire criminelle le droit de statuer sur la mise en liberté provisoire de l'accusé, en cas de renvoi de l'affaire à une autre session.

Le projet du nouveau Code d'instruction criminelle, qui est devenu la loi suscitée du 8 décembre 1897, donnait aux mandats une durée limitée. Cette durée était de 15 jours pour le mandat de dépôt et de 30 jours pour le mandat d'arrêt (2).

Le juge d'instruction avait la faculté de prolonger le mandat de dépôt pendant une nouvelle période

1. Trois conditions sont requises pour que la procédure de flagrant délit puisse être employée ; il faut : 1° qu'il y ait flagrant délit (art. 1) ; 2° que l'inculpé ait été arrêté et conduit devant le procureur de la République ; 3° qu'il ne s'agisse ni d'un délit de presse, ni d'un délit politique, ni d'un délit pouvant entraîner la relégation, à raison des condamnations antérieures déjà prononcées contre le prévenu.

2. Ce texte est le texte de la commission de la Chambre des députés. D'après le projet primitif, le mandat de dépôt n'était valable que pour cinq jours (article 93) et ne pouvait être renouvelé (article 94).

de dix jours et le mandat d'arrêt pendant autant de nouvelles périodes de 30 jours que le magistrat le jugeait nécessaire (articles 108 et 109). Toutefois la décision du juge d'instruction était, dans les deux cas, susceptible d'un recours devant la Chambre du conseil, (articles 117 et 118). Ces dispositions ont été élaguées.

Nous trouvons des règles analogues à celles que le législateur français a cru devoir rejeter, dans plusieurs législations et notamment dans le Code autrichien qui assigne à la détention préventive, une durée maximum de deux mois (Code de procédure pénale, article 190).

SECTION II

Des lois qui ont eu pour effet de rendre la détention préventive plus rare.

Le Code d'instruction criminelle autorisait l'emploi des mandats de dépôt et d'arrêt contre tous les prévenus de délits emportant une peine privative de liberté. Cette législation constituait un recul, car depuis la Révolution, la liberté provisoire n'avait pas cessé d'être, en matière correctionnelle, un droit pour le prévenu.

La loi du 14 juillet 1865 a diminué les inconvénients de cette réglementation, mais elle ne les a pas supprimés.

Le champ d'application de cette loi est restreint par les conditions trop rigoureuses auxquelles elle subordonne le bénéfice de la liberté provisoire de droit, et le prévenu qui les remplit, évite non la honte de l'incarcération, mais les ennuis d'un séjour trop prolongé dans une maison d'arrêt.

Emus par les défauts de notre législation pénale sur ce point, MM. Pourquery de Boisserin et Georges Berry ont récemment proposé de modifier l'article 113 du Code d'instruction criminelle, de la manière suivante : « En matière correctionnelle, « la liberté provisoire est toujours un droit, en fa- « veur du prévenu, quand il n'est pas récidi- « viste (1). »

Ce projet n'a pas été et ne pouvait pas être accueilli favorablement par le Parlement. Il est nécessaire, si on veut rendre la répression efficace

1. Ce projet était motivé par les inconvénients que nous avons signalés et que M. Georges Berry résumait ainsi : « Pourquoi, en matière correctionnelle, n'accorder la liberté « provisoire qu'à ceux qui ne peuvent pas être condamnés à « plus de deux ans de prison, alors que les délits rentrant « dans cette catégorie sont en minorité dans le Code? Et « surtout, pourquoi toujours tenir au moins cinq jours sous « les verrous le délinquant en le frappant ainsi d'une tare « aussi grave que s'il avait subi plusieurs mois de prison ?... » V. *Lois nouvelles*, février 1897.

de subordonner le bénéfice de la liberté provisoire de droit à l'existence de certaines conditions et d'exiger notamment que l'inculpé ait un domicile.

SECTION III

Des lois qui ont eu pour effet d'améliorer la situation morale ou matérielle du prévenu détenu.

1° *Loi du 5 juin 1875.* — L'article 1 de cette loi ordonne que les inculpés, prévenus et accusés soient individuellement séparés pendant le jour et la nuit.

2° *Décret du 11 novembre 1885.* — Certains avantages matériels sont concédés aux prévenus par ce décret. Leur étude a fait l'objet d'un chapitre de ce travail.

3° *Loi du 8 décembre 1897.* — L'article 8 de cette loi décide que le juge d'instruction aura le droit de prescrire l'interdiction de communiquer pour une période de dix jours et ne pourra la renouveler que pour une période nouvelle de dix jours seulement.

Désormais l'interdiction cesse de s'appliquer au conseil. Le défenseur communique avec l'inculpé dès le jour de l'arrestation ; il l'accompagne aux

interrogatoires et aux confrontations, et suivant les cas exige ou sollicite sa mise en liberté provisoire. Quoiqu'en aient dit les adversaires de la loi de 1897, la présence auprès du prévenu ignorant et atterré par une incarcération, d'un homme indépendant et instruit est tout à la fois une amélioration apportée à sa situation et une garantie de bonne justice (1).

SECTION IV

Des lois ou projets de loi accordant une indemnité aux prévenus détenus renvoyés des fins de la poursuite.

§ 1. — *Historique.*

Les membres du gouvernement, lors des discussions auxquelles donna lieu la loi du 29 juin 1867, s'opposaient à l'attribution de dommages et intérêts aux condamnés reconnus innocents à la suite d'une

1. En 1861, la femme Gardin, alors qu'elle était enceinte, fut accusée de parricide et mise au secret. Enervée et découragée par cette torture, elle avoua et fut condamnée aux travaux forcés à perpétuité. Quelques années après, les véritables auteurs du crime furent découverts. Le retour de pareils faits est heureusement devenu impossible (*Gazette des Tribunaux*, 3 mars 1877).

procédure en révision, en déclarant qu'il y aurait un danger à créer un droit, envers la société en faveur de tous les griefs, et de toutes les misères qui croient avoir un dommage à alléguer. Ils prévoyaient l'extension presque illimitée à laquelle la logique ne manquerait pas de conduire, par l'assimilation au cas de révision des cas d'acquittement ou de décision de non-lieu.

Leur prévision a été justifiée par les événements.

Le 7 avril 1892, la Chambre des députés, saisie du projet qui est devenu la loi sur la révision des 8 et 11 juin 1895, votait une disposition additionnelle à l'article 446 du Code d'instruction criminelle.

Cette disposition, qui était tirée des amendements déposés par MM. Bovier-Lapierre, Pontois et de Ramel, étendait le droit de réclamer une indemnité.

A toute personne acquittée.

A toute personne ayant bénéficié d'une ordonnance ou arrêt de non-lieu, mais en cas de détention préventive seulement.

Toutefois, les tribunaux restaient libres d'apprécier la demande, et ils ne pouvaient l'accueillir que dans un des trois cas suivants :

1° Lorsqu'une autre personne aura été condamnée pour le même fait, ou ne pourra plus l'être conformément au deuxième alinéa du paragraphe 3 de l'article 443.

2° Dans les cas prévus par les paragraphes 3 et 4 de l'article 443, pour le faux témoignage ;

3° Lorsqu'il résultera de la décision mettant fin aux poursuites, que le fait ne constitue ni crime, ni délit.

Cette addition à l'article 443 fut accueillie défavorablement par le Conseil d'Etat auquel le gouvernement l'avait soumise, et fut repoussée par le Sénat, le 14 février 1894, malgré le discours du rapporteur de la Commission qui concluait à une adoption, avec certaines modifications.

A notre connaissance, aucun nouveau projet n'a été, depuis cette époque, déposé devant le Parlement. On ne saurait cependant nier la possibilité de la réalisation d'une pareille réforme. Il suffirait, pour s'en convaincre, de jeter les yeux sur certaines législations qui attribuent une indemnité aux prévenus détenus renvoyés des fins de la poursuite (1).

§ 2. — *Des recours accordés par la législation actuelle aux prévenus renvoyés des fins des poursuites.*

Une des raisons qui ont motivé l'échec de la dis-

1. Loi suédoise du 12 mars 1886 ; loi danoise du 5 avril 1888 ; loi de Bâle-Ville du 9 décembre 1889 ; Autriche, loi du 16 mars 1892 ; Islande, loi du 26 octobre 1893. Voir le résumé de ces lois dans l'*Annuaire de législation étrangère*, tome XVI, page 591 ; tome XXII, page 328 ; tome XXIII, page 576.

position additionnelle accordant une indemnité aux prévenus acquittés ou ayant bénéficié d'une ordonnance ou arrêt de non-lieu, est le désaccord qui existait en 1894, et existe encore à l'heure actuelle entre les partisans de cette réforme.

Les uns considèrent cette indemnité comme prenant naissance dans un quasi-délit commis par l'Etat ou ses préposés, les autres comme dérivant d'un devoir d'assistance et de solidarité sociale.

L'article 1382 du Code civil est ainsi conçu : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, obligé celui par la faute duquel « il est arrivé à le réparer » :

Or la personne qui a été poursuivie devant les tribunaux répressifs à raison d'une infraction qu'elle n'avait pas commise, subit un dommage. La cause de ce dommage, varie suivant les cas. La poursuite pourra être en effet la conséquence soit d'une erreur du magistrat instructeur, soit de la négligence d'un expert, soit de la fausse déposition faite par un témoin. Dans toutes ces hypothèses l'application rigoureuse de l'article 1382 conduirait le plus souvent à attribuer au prévenu renvoyé des fins de la poursuite, une indemnité représentant le dommage éprouvé.

Le prévenu relaxé est-il à l'heure actuelle privé de tout recours contre les auteurs de la poursuite

ou contre les auteurs de la faute qui a amené la poursuite dirigée à tort contre lui ?

On ne saurait le prétendre et l'étude des recours qui lui appartiennent est le préliminaire indispensable d'un essai sur la théorie de l'indemnité.

A. — *Responsabilité pénale et civile des fonctionnaires qui ont ordonné ou dont les agissements ont déterminé une poursuite suivie d'un acquittement ou d'un non-lieu.* — Le juge d'instruction et ceux qui, par les fonctions dont ils sont investis appartiennent à l'ordre judiciaire sont responsables des crimes ou délits commis par eux dans l'exercice de leurs fonctions.

C'est ainsi que le juge d'instruction ou le commissaire de police doivent être traduits devant les tribunaux répressifs, s'ils commettent le délit de dénonciation calomnieuse prévue par l'article 373 du Code pénal ou toute autre infraction à la loi pénale. La seule faveur qui leur soit accordée est celle d'être jugés par la Cour d'appel suivant les règles établies par les articles 479, 480, 483, 484 du Code d'instruction criminelle et l'article 10 de la loi du 20 avril 1810. Le prévenu poursuivi par suite d'un acte délictueux commis par un magistrat pourra donc se porter partie civile dans la forme ordinaire et obtenir en cette qualité des dommages et intérêts.

Le plus souvent, l'acte relevé à la charge du magistrat constituera non un délit, mais une simple faute professionnelle.

Ex. : Un juge de paix accusera de bonne foi le propriétaire d'un immeuble, d'avoir incendié cet immeuble. L'enquête révèlera que la maison sinistrée n'était pas assurée et que le propriétaire n'ayant aucun intérêt à commettre le crime qui lui était reproché, ne pouvait pas être considéré comme en étant l'auteur.

Un juge d'instruction fera arrêter un homme comme coupable de meurtre sans attendre les résultats d'une autopsie qui écartera l'hypothèse d'un crime.

Le prévenu victime de fautes semblables commises par des magistrats aura-t-il le droit d'invoquer contre eux l'article 1382 et de demander des dommages et intérêts en s'appuyant sur cet article ?

Notre réponse doit être négative. En principe, les magistrats et officiers de police judiciaire ne sont pas responsables des fautes civiles commises par eux dans l'exercice de leurs fonctions. Leur responsabilité n'existe que dans les cas limitativement déterminés par la loi et l'action destinée à la mettre en jeu doit être intentée non suivant les formes ordinaires. mais conformément à la procédure spéciale de la prise à partie.

Les cas de prise à partie sont indiqués par l'article 505 du Code de procédure civile.

« Les juges peuvent être pris à partie dans les « cas suivants : 1° s'il y a dol, fraude ou concussion,

« qu'on prétendrait avoir été commis, soit dans le « cours de l'instruction, soit lors des jugement ; « 2° si la prise à partie est expressément prononcée « par la loi (1) : 3° si la loi déclare les juges res- « ponsables, à peine de dommages et intérêts (2) ; « 4° s'il y a deni de justice ».

Ce texte n'admet la responsabilité des magistrats que s'il y a eu de leur part intention de nuire. Sans cette intention les erreurs de droit ou de fait ne donnent lieu à aucun recours.

Les auteurs se sont cependant longtemps demandés si la faute lourde ne devait pas être assimilée au dol et autoriser par suite la prise à partie en vertu du § 1 de l'article 505 du Code de procédure. A l'heure actuelle, la jurisprudence et la plupart des auteurs écartent cette assimilation en se basant sur les arguments qui ont été ainsi exposés par un commentateur du Code de procédure. « S'il résulte « de diverses dispositions du Code civil que celui « qui commet une faute dommageable à autrui est « tenu de la réparer et que la faute grave oblige, en

1. Les cas visés par le paragraphe 2 de l'article 505 sont ceux prévus par les articles 77, 112, 164, 271, 370, 393 du Code d'instruction criminelle. Le Code sanctionne dans ces articles l'observation de certaines formalités auxquelles sont assujettis les mandats et les jugements ou arrêts.

2. Les cas visés par le paragraphe 3 sont ceux prévus par les articles 15 et 928 du Code de procédure civile, par l'article 2063 du Code civil et par l'article 647 du Code de commerce.

« certains cas, comme le dol et la fraude, à des « dommages et intérêts, il ne s'ensuit pas que les « juges puissent être pris à partie pour avoir com- « mis, dans l'exercice de leurs fonctions une faute « même grossière, mais sans dol ni fraude prouvée. « On ne saurait raisonner par analogie en matière « de prise à partie ; tout est de rigueur en pareil « cas, et on ne peut y appliquer les maximes ordi- « naires du droit civil, puisqu'il n'y a pas seulement « question d'une réparation pécuniaire et de dom- « mages-intérêts, mais de l'honneur et de l'état des « magistrats dénoncés (1) ».

B. — Responsabilité pénale et civile des particuliers dont les agissements ont déterminé une poursuite suivie d'un acquittement ou d'un non-lieu.

α Responsabilité du dénonciateur et de la partie civile.

La personne qui dénonce un citoyen comme étant l'auteur d'une infraction à la loi pénale et celle qui se constitue partie civile avant qu'aucune poursuite n'ait été intentée par le ministère public, encourent une responsabilité soit pénale, soit civile (2).

Si la citation directe ou la dénonciation par écrit ont le caractère d'une dénonciation calomnieuse,

1. Bioche, *Dictionnaire de procédure civile*, V. Prise à partie, n° 4.

2. La personne qui se constitue partie civile alors que l'instance a été commencée à la requête du ministère public, n'encourt qu'une responsabilité civile.

leurs auteurs pourront être poursuivis devant les tribunaux repressifs en vertu de l'article 373 du Code pénal ainsi conçu : « Quiconque aura fait par « écrit une dénonciation calomnieuse contre un ou « plusieurs individus, aux officiers de justice ou de « police administrative ou judiciaire, sera puni « d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une « amende de cent francs, à trois mille francs. »

Au contraire, si la citation directe ou la dénonciation ont été faites sans intention coupable, mais avec légéreté, leurs auteurs ne pourront qu'être actionnés en dommages et intérêts, devant les tribunaux civils.

Le prévenu aura le droit de poursuivre le dénonciateur ou la partie civile, alors même qu'une ordonnance ou arrêt de non-lieu sera intervenu en sa faveur. Il est juste dit Faustin Hélie « que la même « responsabilité atteigne les dénonciateurs ou les « plaignants à toutes les phases de l'instruction et « devant toutes les juridictions (1). Le tribunal cor- « rectionnel ou civil, saisi de la demande devra te- « nir compte, lors de la fixation des dommages et « intérêts, de la détention préventive subie.

β. *Responsabilité du faux témoin.* — L'auteur d'un faux témoignage en matière criminelle ou correctionnelle peut être frappé des peines édictées par

1. Faustin-Hélie, t. IV, n° 1753 *in fine.*

les articles 361 et 362 du Code d'instruction criminelle. Il peut en outre, comme la partie civile et le dénonciateur être actionné en dommages et intérêts devant les tribunaux civils. Ce recours sera même le seul possible pour le prévenu ayant bénéficié d'une ordonnance ou arrêt de non lieu, car une fausse déposition devant une juridiction d'instruction ne constitue pas d'après la jurisprudence une infraction à la loi pénale.

§ 3. — *Du caractère de l'indemnité à attribuer aux prévenus renvoyés des fins de la poursuite.*

L'étude à laquelle nous venons de nous livrer, nous permettra de résoudre sans difficulté le problème que nous nous posons.

Il est hors de doute que l'action intentée contre la partie civile par un prévenu a sa source dans l'article 1382. Or, la faute, qu'elle soit commise par les préposés de l'Etat ou par un particulier qui se substituant à lui dans une certaine mesure, prend l'initiative des poursuites, doit donner naissance à une seule et même action basée sur un seul et même principe d'équité, dont l'article 1382 est la traduction.

Le Conseil d'Etat a repoussé cette théorie. Il a déclaré que la poursuite et l'arrestation légale d'un

prévenu devaient être considérées comme des actes de souveraineté et ne pouvaient, à raison de ce caractère spécial, engager la responsabilité de l'Etat (1).

Il est exact qu'il en est ainsi d'après la jurisprudence actuelle et le tribunal devant lequel une indemnité serait demandée à l'Etat à raison d'une poursuite indue, serait fondé à reproduire l'argumentation du Conseil d'Etat, mais ce corps administratif avait à se prononcer non en tant que juridiction administrative, mais en tant que comité consultatif. Il avait à dire au gouvernement non pas quelle était

1. M. Seligman soutient ainsi la jurisprudence du Conseil d'Etat :

On a victorieusement établi devant le Sénat que l'accusé reconnu innocent n'a aucun droit acquis contre l'Etat. La société ayant agi dans l'exercice légitime de son pouvoir, n'a commis ni une faute, ni un quasi-délit susceptible d'engager sa responsabilité.

M. Séligman ne s'oppose pas cependant à ce qu'une indemnité soit attribuée aux inculpés innocents, mais il veut qu'elle ait le caractère d'un simple secours analogue à ceux qui sont accordés chaque année aux victimes de certains fléaux comme la grêle, les sauterelles et les inondations.

A notre avis, la société n'agit pas dans l'exercice de son pouvoir lorsqu'elle fait incarcérer un innocent. Elle commet, dans ce cas, une faute qui engage sa responsabilité civile.

Aucune assimilation n'est possible entre la situation du citoyen poursuivi à tort et celle de l'homme dont la maison a été détruite par une inondation, ou dont les vignes ont été dévorées par les sauterelles.

(Ed. Seligman, Des indemnités aux victimes des erreurs judiciaires, *Revue politique et parlementaire*, livraison du 5 juillet 1895).

la législation en vigueur sur ce point, mais quelle devait être la législation. Or, il nous semble impossible théoriquement de considérer l'Etat comme n'étant pas soumis aux règles de droit commun sur la responsabilité. La doctrine de l'irresponsabilité de l'Etat en matière d'actes de souveraineté, est basée non sur l'idée de justice, mais sur de prétendues nécessités sociales (1).

L'article 1382 du Code civil est donc le fondement de l'action en indemnité que la loi accorde à l'heure actuelle aux condamnés victimes d'une erreur judiciaire et de celle que le législateur accordera bientôt aux prévenus renvoyés des fins des poursuites.

D'après les termes mêmes de l'article 1382, la réussite de l'action intentée en vertu de cet article est subordonnée à l'existence d'une faute que le demandeur est tenu d'établir. Mais la preuve d'une faute commise par les préposés de l'Etat aurait été

1. Nous croyons, du reste, que la doctrine du Conseil d'Etat est inexacte et nous préférons adopter sur ce point la théorie qui a été émise et soutenue dans un ouvrage récent. Cette théorie repose sur une distinction. « Il importe, « dit-on, de distinguer. Les tribunaux judiciaires ne peuvent « statuer au fond sur l'acte même. Ils ne peuvent ni criti- « quer, ni annuler l'acte de gouvernement... Mais gardienne « des droits privés, l'autorité judiciaire a compétence géné- « rale et absolue en ce qui concerne les atteintes portées à « ces droits... » Maurice Lecourtois, *Des actes de gouvernement*, Th. Poitiers, 1899.

souvent difficile, et jamais sans inconvénient. Elle aurait nécessité la discussion et l'appréciation par des justiciables des actes commis par les magistrats. Le législateur de 1895 a pensé que le condamné devait, dans son intérêt, et aussi dans l'intérêt de l'Etat, soucieux de la considération de ses agents être dispensé de faire cette preuve.

Cette dispense, qui devra être étendue aux prévenus renvoyés des fins des poursuites, lorsque le législateur reconnaîtra leur droit à une indemnité, est susceptible d'être justifiée théoriquement.

Le parlement a, par la loi du 9 avril 1898 déplacé la charge de la preuve dans les rapports entre ouvriers et patrons. Ne doit-on pas assimiler la situation du justiciable vis-à-vis de l'Etat, à celle de l'ouvrier vis-à-vis du patron ?

L'Etat et le patron ont à leur service des machines puissantes et des organismes compliqués. Ils doivent l'un et l'autre veiller à leur bon fonctionnement, et lorsque malgré leur surveillance, des hommes ont été blessés par les rouages de ces organismes ou de ces machines, ne doivent-ils pas l'un et l'autre être déclarés responsables de l'accident qu'ils n'ont pas su prévenir.

§ 4. — *De l'indemnité à attribuer aux prévenus ayant bénéficié d'une ordonnance ou d'un arrêt de non-lieu.*

Le prévenu, qu'il soit renvoyé des fins d'une poursuite, par le fait d'un acquittement ou d'une ordonnance ou arrêt de non-lieu, a eu à subir un préjudice plus ou moins grave dont une législation doit lui tenir compte, si elle admet le principe de l'obligation juridique incombant à l'Etat en matière de condamnation injuste. La Chambre des députés a reconnu qu'il devait en être ainsi, mais tandis qu'elle autorisait l'inculpé acquitté à solliciter dans tous les cas une indemnité, elle n'accordait ce droit au bénéficiaire d'un non-lieu, que si ce dernier avait été mis en état de détention préventive. Tel était le sens de la disposition suivante votée par la Chambre des députés, le 7 avril 1892 :

(Disposition additionnelle à l'article 446 du Code d'instruction criminelle). « Toute personne pour-
« suivie pour crime ou délit et acquittée, toute
« personne arrêtée préventivement sous l'inculpa-
« tion d'un crime ou d'un délit, dont l'instruction
« sera clôturée par une ordonnance ou un arrêt de
« non-lieu, aura la faculté de demander une indem-
« nité qui pourra lui-être accordée dans les cas sui-
« vants :

1° Lorsqu'une autre personne aura été définiti-
« vement condamnée pour le même fait, on ne
« pourra plus l'être conformément au deuxième
« alinéa du paragraphe 3 de l'article 443 :

2° Dans les cas prévus par les paragraphes 3 et 4 de l'article 443, pour le faux témoignage.

3° Lorsqu'il résultera de la décision mettant fin aux poursuites, que le fait ne constitue ni crime, ni délit.

M. Béranger, rapporteur de la loi de 1895 devant le Sénat, a critiqué cette distinction en déclarant qu'elle n'avait aucune raison d'être.

Contrairement à l'avis exprimé par l'honorable sénateur, nous estimons que cette distinction peut parfaitement se justifier.

L'inculpé acquitté a subi un préjudice matériel s'il a été mis en état de détention préventive et dans le cas contraire a. au moins enduré une souffrance morale. Son honorabilité a été suspectée et ce soupçon a été rendu public par les débats d'une audience. Souvent même la diminution de la considération dont il jouissait a eu pour résultat une baisse dans le chiffre de ses affaires, ou la perte de la situation qui constituait son gagne pain. Au contraire l'inculpé qui a bénéficié d'un non-lieu, sans jamais avoir été arrêté, n'a fait l'objet que d'une information secrète. Son honorabilité ne sera supectée que si les magistrats, greffiers ou avocats qui partici-

pent à l'instruction préparatoire, violent le secret professionnel.

§ 5. — *L'indemnité doit-elle être indistinctement attribuée à tous les prévenus renvoyés des fins des poursuites, ou seulement à ceux dont l'innocence a été reconnue ?*

Les auteurs se refusent généralement à considérer l'indemnité comme obligatoire et à en faire bénéficier non seulement ceux qui ont été poursuivis par suite d'une erreur constatée plus tard au cours des débats mais aussi ceux dont l'acquittement a été la conséquence d'un doute très léger peut-être, sur la culpabilité ou d'un sentiment de pitié dont les juges n'ont pu se défendre. Il leur paraît étrange de voir un tribunal accorder des dommages et intérêts à un récidiviste à la charge duquel existent de graves présomptions.

Il est donc nécessaire de rendre l'indemnité facultative et d'en subordonner l'attribution à la preuve de l'innocence de l'inculpé. Ce système aura, il est vrai, l'inconvénient de créer deux catégories d'acquittement ou de non-lieu, mais ces catégories n'existent-elles pas à l'heure actuelle ?

En matière correctionnelle, les attendu d'un acquittement n'empêchent-ils pas parfois l'accusé de

sortir de l'audience la tête haute. En matière criminelle, la Cour ne peut-elle pas, en accordant des dommages et intérêts à la partie civile, affirmer malgré le verdict du jury que l'accusé était l'auteur véritable du fait servant de base à la poursuite ?

Nous avons terminé l'étude des compensations à la détention préventive subie. Le législateur a accordé, en 1892, une indemnité aux détenus condamnés, en autorisant ou même en rendant obligatoire la déduction de la détention.

Que son attention et sa sollicitude se portent maintenant vers les innocents qui en sont au moins aussi dignes et pour lesquels rien cependant n'a encore été fait. Que ceux qui, par suite d'une erreur ont été arrachés à leur foyer, soustraits à leurs occupations et privés temporairement de leur liberté puissent bientôt recevoir, le jour où un jugement d'acquittement reconnaîtra leur innocence, l'entière réparation qui leur est due.

CONCLUSION

Si nous jetons les yeux sur l'ensemble des réformes qui ont été apportées à la législation sur la détention préventive, nous voyons quels efforts considérables ont été faits depuis la promulgation du Code d'instruction criminelle pour mieux concilier l'intérêt de la société qui exige une répression efficace et l'intérêt de l'individu qui s'oppose à toute atteinte portée à sa liberté.

Le citoyen français ne peut en aucune circonstance être arrêté en vertu d'un ordre arbitraire du gouvernement. La lettre de cachet est à tout jamais abolie.

Les cas dans lesquels l'arrestation est possible, les autorités qui ont le droit de l'ordonner, les formalités auxquelles elle est soumise, sont indiqués par des dispositions législatives.

Des mesures nombreuses sont prises pour que les citoyens ne soient pas détenus illégalement. Des visites doivent être faites dans les maisons centrales

et d'arrêt par des commissions et des fonctionnaires nommés à cet effet (1). La loi du 8 décembre 1897 a complété ces dispositions en exigeant que les inculpés arrêtés en vertu d'un mandat d'amener soient interrogés dans les vingt-quatre heures (2).

Enfin des peines sévères frappent ceux qui se rendent coupables du délit de détention arbitraire (art. 130 du Code pénal).

Le prévenu n'a plus à subir le contact des autres détenus. Il est placé dans une cellule ou tout au moins dans un quartier spécial, et il jouit de tous les avantages matériels que l'administration peut lui accorder en tenant compte de la double nécessité où elle est de prévenir toute évasion et d'assurer le bon ordre dans les établissements dont elle a la garde.

Le prévenu cesse d'être seul et sans appui. Le découragement ne lui arrachera pas désormais un aveu non sincère. Dès le jour de l'arrestation un défenseur est d'office attaché à sa personne. L'avocat suit le prévenu aux interrogatoires et aux confrontations ; il prend d'accord avec lui toutes les mesures que nécessite la défense, Tantôt il sollicite la mise en liberté provisoire de son client, tantôt il provoque la nomination d'un expert, tantôt il demande l'audition d'un témoin.

1. Articles 605, 611, 612, 613 Code d'inst. crim.
2. Article 2, loi du 8 décembre 1897.

Certains criminalistes nous présentent cette intervention comme dangereuse et de nature à empêcher la répression.

Les auteurs de ces critiques ont le tort grave de supposer que le magistrat instructeur et le défenseur poursuivent un but différent : le premier, l'obtention d'une condamnation, le second le renvoi des fins de la poursuite.

Le magistrat instructeur et le défenseur ne doivent avoir et n'ont qu'un seul et même désir : arriver à la découverte de la vérité. Ils doivent être considérés, non comme des adversaires mettant leur habileté et leur science juridique au service de causes opposées, mais comme des hommes impartiaux collaborant à l'œuvre de justice.

La sollicitude du législateur s'étend au détenu condamné. Il invite le juge, et dans certains cas il l'oblige à imputer sur la peine qu'il prononce la détention préventive subie. La détention préventive a alors pour effet, non d'aggraver la situation du condamné, mais de lui permettre de subir tout ou partie de sa peine sous un régime de faveur.

Tel est le chemin parcouru. Nous pouvons le contempler avec un légitime orgueil, mais dans cette marche vers l'équité, nous n'avons pas le droit de faire une trop longue halte.

Deux réformes surtout s'imposent au législateur de demain.

Nous avons, au cours de ce travail, montré dans quelles larges limites était contenu le droit d'arrestation.

Ces limites doivent être resserrées. En matière correctiounelle, la mise en état de détention préventive doit devenir l'exception, la mise en liberté provisoire la règle. Il est impossible de soutenir que l'intérêt de la répression exige l'arrestation du domicilié non récidiviste prévenu d'un simple délit.

On nous répondra peut-être qu'en matière correctionnelle, la liberté provisoire est, en fait, souvent accordée. Nous reconnaissons dans une certaine mesure l'exactitude de cette affirmation, mais est-il besoin de dire que l'absence d'un texte entraîne nécessairement l'arbitraire et que les magistrats instructeurs comprennent de façons très différentes la nécessité de la mise en état de détention préventive.

Les uns la considèrent seulement comme indispensable (1) pour assurer l'exécution de la condamnation. Les autres, convaincus de la culpabilité du prévenu et désireux de voir cette culpabilité recon-

1. Les détentions préventives, même en matière correctionnelle, sont encore beaucoup trop nombreuses. V. *Compte général de l'administration de la justice criminelle*, tablau LVIII. En 1896, 3.088 prévenus ont été acquittés par les tribunaux correctionuels après avoir été détenus préventivement ; 2.723 ont été condamnés à une simple amende.

nue et sanctionnée par une peine juste et sévère, estiment que la détention est de nature à amener une répression qu'ils jugent utile.

Or, les juridictions de répression sont conduites par des raisons que nous allons essayer de mettre en lumière, à frapper plus sévèrement les prévenus détenus que les prévenus libres, ou tout au moins à les frapper de peines privatives de liberté.

Le maintien de la détention préventive jusqu'au jour du jugement prouve la ferme conviction d'un juge d'instruction, c'est-à-dire d'un magistrat qui, à raison de ses fonctions, a pris nécessairement connaissance de tous les éléments du procès. Cette conviction n'influence-t-elle pas, peut-être même à son insu, la juridiction de jugement ?

Admettons maintenant que la couviction de la juridiction de répression soit formée. La détention préventive aura encore un résultat. Le juge en présence d'un prévenu qui n'a jamais été condamné, hésite souvent à prononcer une peine privative de liberté.

La première incarcération est en effet une grave mesure. Elle peut faire naître chez le condamné un sentiment de crainte ou de repentir ; elle peut aussi en faire un révolté. Cette hésitation dont le prévenu pourrait bénéficier, ne traversera pas l'âme du juge si l'inculpé a déjà franchi le seuil de la maison d'ar-

rêt. Bien plus, la prononciation d'une peine privative de liberté apparaîtra au juge comme une faveur, car seule la peine d'emprisonnement permettra l'imputation de la détention préventive subie.

Cependant la liberté provisoire ne saurait même en matière correctionnelle être admise dans tous les cas. Il nous paraît nécessaire de la refuser aux non-domiciliés et aux récidivistes. Avec ce tempérament, le principe de la liberté provisoire ne nous paraît pas pouvoir être combattu. L'étude de l'historique de la détention préventive et celle du droit comparé nous attestent le caractère pratique d'une pareille réforme.

La seconde réforme que nous croyons devoir signaler, comme se recommandant d'une façon toute particulière à l'attention du législateur, concerne l'indemnité à attribuer aux détenus reconnus innocents et renvoyés des fins de la poursuite.

Nous avons déjà étudié cette question et fait voir les difficultés d'application qui ont empêché d'aboutir les projets présentés jusqu'ici devant le parlement. Les adversaires de ces projets ont montré le chiffre élevé et toujours croissant des dépenses publiques ; ils ont parlé des inconvénients que présenterait la division en deux classes des prévenus relaxés après un non-lieu ou un acquittement, dont quelques-uns seulement verraient leur innocence reconnue.

A ceux qui mettent en avant des considérations budgétaires, nous répondrons que la dépense nouvelle ainsi mise à la charge de l'Etat serait fort minime. Les détentions préventives deviendront de moins en moins nombreuses ; elles ne donneront droit à une indemnité que lorsque l'innocence sera reconnue, et dans cette hypothèse, l'Etat aura parfois un recours contre le faux témoin, contre le dénonciateur ou même dans certains cas, contre le magistrat dont les agissements auront déterminé l'arrestation.

A ceux qu'effraie la création de deux catégories de prévenus, nous montrerons les législations étrangères qui n'ont pas craint d'entrer dans cette voie.

Nous ne saurions du reste trop répéter que ces catégories existent déjà à l'heure actuelle et que ceux qui s'opposent à une telle division devraient, pour être logiques, demander la suppression des attendus dans les jugements d'acquittement rendus par les tribunaux correctionnels (1).

La question de l'indemnité à attribuer aux déte-

1. L'inconvénient qui vient d'être signalé serait atténué ou même supprimé si on admettait la non-publicité des débats dans l'action en indemnité. La non-publicité aurait encore un autre avantage qui nous est indiqué par M. Ed. Seligman. Elle « éviterait un débat qui donnerait aux réparations allouées le caractère d'un succès remporté de haute lutte par l'ancien prévenu contre l'action publique. »

nus relaxés après un non-lieu ou un acquittement doit donc dès maintenant recevoir une solution.

La réforme à faire est généreuse et difficile.

A ce double titre, elle mérite d'être tentée par le législateur français.

ANNEXES

DROIT COMPARÉ

Angleterre

L'arrestation ne peut avoir lieu, en principe, qu'en vertu d'un mandat ou *warrant*.

Cependant les officiers de police et les particuliers ont dans certains cas le droit de procéder sans warrant à une arrestation.

En France, ce droit ne leur est reconnu qu'en matière de flagrant délit. En Angleterre, il leur appartient en outre dans les trois hypothèses suivantes :

1° S'ils soupçonnent un individu de haute trahison, de *felony* ou de tout autre crime grave.

2° Si un individu a commis certaines contraventions ;

3° S'ils trouvent un individu en état de vagabondage et présument qu'il va commettre une *felony*.

Les warrants sont délivrés suivant les cas par les juges de paix, les juges de police, le coroner (1), le

1. Le coroner est un magistrat chargé d'instruire en cas de mort violente.

queens-bench, les membres du conseil privé et le président de la Chambre des communes. Ils doivent contenir l'indication du nom de l'inculpé, celle du fait objet des poursuites et s'il y échet, celle du nom du témoin qui en affirmant sous serment la culpabilité de l'accusé a amené son arrestation.

Les faits pouvant autoriser l'emploi du warrant sont : 1° la haute trahison ; 2° le crime capital ou *felony* ; 3° tout autre crime de nature à compromettre la paix publique.

Les délits sont en général insuffisants pour motiver une arrestation. Le juge peut cependant l'ordonner s'il y a lieu de craindre que l'inculpé ne se présentera pas. Il le doit lorsque l'inculpé, bien que régulièrement cité ne comparaît pas. Enfin, certains délits tels que la contrebande et le braconnage donnent toujours lieu à arrestation.

Le porteur du warrant peut l'exécuter tous les jours et à toutes les heures du jour ou de la nuit. Il doit conduire immédiatement l'individu arrêté devant le magistrat qui a décerné le mandat. En droit le juge peut, après l'interrogatoire, envoyer le prévenu dans une maison d'arrêt ; mais en fait il le traduit à la plus prochaine audience du tribunal de police et l'instruction commence le jour même.

Le juge de paix ou de police devant lequel l'in-

dividu est amené a à prendre des partis très différents.

Si l'infraction est établie et relève de sa compétence, le juge entre immédiatement eu condamnation. Si au contraire l'inculpé parvient à se justifier des accusations portées contre lui, il le met immédiatement en liberté. Enfin, lorsque le fait est hors de sa compétence, le magistrat renvoie le préveuu devant le jury d'accusation et ordonne de le conduire dans une prison déterminée (*warrant commitement*).

Il y a une dernière hypothèse que nous n'avons pas prévue. Le juge estime parfois qu'il n'est pas suffisamment éclairé et qu'il y a lieu de faire faire une expertise, de faire entendre des témoins... Il renvoie alors l'affaire à une date ultérieure et fait incarcérer l'accusé en vertu d'un ordre (*warrant remanding a prisoner*) qui indique le jour de la réouverture des débats (1).

Le *warrant commitement* et le *warrant remanding*, sont à proprement parler les seuls mandats entraînant la détention préventive. Ils peuvent être assimilés au mandat de dépôt français.

La détention préventive peut, comme en France, être interrompue par la mise en liberté provisoire de droit ou par la mise en liberté provisoire facul-

1. La pratique exige que la réouverture des débats ait lieu dans les huit jours.

tative. La mise en liberté provisoire est facultative, s'il s'agit d'un crime (*felony*) ou de délits très graves *misdemeanours*).

Elle est de droit s'il s'agit de délits pour lesquels la loi n'a pas conféré au magistrat le droit de refuser ou d'accorder la mise en liberté.

La mise en liberté provisoire, de droit ou facultative est toujours subordonnée au versement d'un cautionnement. Ce cautionnement consiste, soit dans le versement d'espèces, soit dans l'engagement pris par une ou deux personnes solvables. Aucun minimum n'est indiqué par la loi,

En France l'inculpé dont la demande de mise en liberté provisoire n'a pas été accueillie, n'a qu'une voie de recours : l'opposition devant la chambre des mises en accusation. En Angleterre, il peut non seulement faire appel de la décision du magistrat devant un des juges du Queens'bench, mais encore poursuivre le juge devant la Cour supérieure, ou enfin user des garanties que lui assure l'acte *d'habeas corpus*.

En vertu de cet *act* tout détenu a le droit d'exiger du gardien de la prison où il est incarcéré une copie de l'ordre d'incarcération, et d'envoyer cette pièce avec une requête soit au chancelier, soit à un juge du ban de la Reine. La Cour délivre une ordonnance (*Writ*) *d'habeas corpus* par laquelle il est enjoint au fonctionnaire qui a mis l'accusé en état

d'arrestation de le conduire immédiatement devant elle.

Les débats sont publics. Si à la suite de ces débats, la Cour reconnaît que la détention est illégale ou injuste, elle ordonne la mise en liberté, et l'inculpé ne peut plus être arrêté de nouveau à peine de cinq cents livres de dommages et intérêts.

Pour terminer cette étude de la détention préventive en Angleterre, il nous reste à parler d'une arrestation d'une nature toute particulière.

Toute personne de mauvaise réputation qui a proféré des menaces et éveillé des soupçons peut être incarcérée sur l'ordre du juge de paix ou de police, s'il se refuse à fournir caution de sa bonne conduite dans l'avenir.

Telle est dans ses grandes lignes la législation anglaise sur la détention préventive. Il ne nous semble pas que le législateur français puisse utilement y faire des emprunts.

Autriche (Code du 30 juin 1873).

En principe le juge d'instruction ne doit décerner qu'un mandat de comparution (*Vorladung*).

Le mandat d'amener ne peut être employé que dans les cinq cas suivants :

1° Lorsque l'auteur du fait objet des poursuites aura été pris en flagrant délit.

2° Lorsqu'il se sera préparé à prendre la fuite ou lorsqu'il y aura lieu de croire qu'il cherchera à s'enfuir.

3° Lorsqu'il aura cherché à suborner des témoins à entraver l'instruction, ou à détruire les preuves matérielles de l'infraction.

4° Lorsque la liberté provisoire des prévenus constituera un danger pour la société.

5° Lorsque l'inculpé sera poursuivi pour un crime puni de la peine de mort ou d'une peine de dix ans de réclusion au moins.

En cas de flagrant délit l'arrestation peut avoir lieu sans mandat. Le fonctionnaire de la justice ou de la police qui fera l'arrestation devra alors dans les quarante-huit heures conduire l'inculpé devant le juge d'instruction (articles 173, 175). Ce magistrat l'interrogera dans les vingt-quatre heures et statuera sur la détention préventive.

La détention préventive n'est obligatoire qu'autant qu'il s'agit d'un crime emportant la peine de mort ou dix années de réclusion ; elle est facultative dans tous les autres cas. Le magistrat instructeur peut même ordonner l'arrestation en raison des simples contraventions.

La mise en liberté, peut être accordée avec caution en cas de crime, mais seulement lorsque l'inculpé aura été arrêté à raison d'un crime n'emportant pas la peine de mort, ou une peine de plus de dix ans de réclusion.

La caution est personnelle ou réelle. Elle garantit la représentation de l'inculpé à tous les actes de la procédure. Le montant du cautionnement est confisqué si l'inculpé abandonne sa résidence ou ne comparaît pas dans les trois jours de la citation. La partie lésée par l'infraction peut demander que le cautionnement soit par privilège affecté au paiement des dommages et intérêts qui lui sont dus (article 193 *in fine*).

La détention préventive prend fin soit par suite d'un non-lieu (*Einstellung*), soit par un jugement ayant force de chose jugée (*Endurtheil*).

Le Code autrichien n'admet pas l'imputation de la détention ; il accorde seulement des circonstances atténuantes aux individus que l'instruction a fait « rester, sans leur faute, trop longtemps en pri- « son » article 39 du Code autrichien de 1852.

Belgique.

La loi de 1852 et la loi du 20 avril 1874 ont apporté de nombreuses modifications au Code de 1808.

La détention préventive ne résulte que du mandat d'arrêt ; le mandat de dépôt ayant été supprimé.

Les cas dans lesquels elle doit être ordonnée et

ceux dans lesquels elle peut l'être ont été indiqués avec soin par la loi du 20 avril 1874.

Si l'infraction entraîne un emprisonnement correctionnel inférieur à trois mois, la liberté provisoire est de droit.

Si la peine encourue est supérieure à trois mois d'emprisonnement et inférieure à quinze années de travaux forcés, la liberté provisoire est encore de droit à moins qu'il n'y ait des circonstances graves et que l'intérêt de la sécurité publique rende nécessaire la détention.

Le juge lorsqu'il décerne dans cette hypothèse un mandat d'arrêt doit spécifier et indiquer la « cir- « constance grave » qui nécessite cette mesure. S'il en était autrement une pareille disposition aurait été sans sanction et n'aurait eu pour résultat que l'addition au mandat d'une formule de style.

Si le fait est puni par la loi de la peine des travaux forcés de quinze à vingt ans ou d'une peine supérieure, la détention préventive devient la règle. La liberté provisoire peut cependant être accordée par le magistrat instructeur, mais son ordonnance doit-être procédée des conclusions conformes du ministère public (1).

Le mandat n'a toujours qu'une durée limitée. Il

1. Lorsque l'inculpé n'est pas domicilié, le juge a le droit, quel que soit le délit, de refuser la mise en liberté provisoire.

doit être confirmé dans les cinq jours de l'interrogatoire par la Chambre du Conseil sur le rapport du juge d'instruction, le procureur du roi et l'inculpé entendus. Le conseil assiste à l'audience. Il est informé vingt-quatre heures à l'avance par le greffier du jour et de l'heure à laquelle elle sera tenue.

Le mandat d'arrêt, alors même qu'il est confirmé n'autorise pas une détention préventive indéfinie. Un mois après le jour où il a été signé, l'inculpé, si l'instruction n'est pas terminée, est remis en liberté, à moins que la Chambre, par ordonnance motivée, rendue à l'unanimité, le procureur du roi et l'inculpé ou son conseil entendus, ne déclarent que l'intérêt public exige le maintien de la détention. Il en est ainsi de mois en mois si la chambre du conseil n'a pas statué sur la prévention du nouveau mois.

La détention préventive est interrompue soit par une mainlevée du mandat d'arrêt, soit par la mise en liberté provisoire.

Le juge ne peut donner mainlevée du mandat qu'après avoir entendu le procureur du roi.

Dans notre législation la mise en liberté provisoire est tantôt un droit, tantôt une faveur pour le prévenu.

En Belgique la liberté provisoire est toujours facultative (1). Le magistrat instructeur est libre de la

1. Il est nécessaire de rappeler ici que dans certains cas

subordonner ou non à l'obligation d'un cautionnement. La décision est susceptible d'appel devant la chambre des mises en accusation.

La loi du 18 février 1832 admettait deux sortes de cautionnements : 1° le cautionnement personnel 2° le cautionnement réel en immeubles ou en espèces.

La loi du 20 avril 1874 a interdit le cautionnement personnel. Le législateur a cru que l'engagement d'un tiers ne pouvait plus, par suite de la suppression de la contrainte par corps, être considéré comme une garantie suffisante.

Le montant du cautionnement est discuté par le ministère public et l'inculpé assisté de son conseil. La partie civile n'intervient pas.

Le cautionnement n'est pas, comme en France, divisé en deux parties, dont la première assure la représentation de l'inculpé à tous les actes de la procédure, et la seconde le recouvrement des amendes et des frais.

Le cautionnement ne garantit que la représentation de l'inculpé, il est l'équivalent de la détention préventive. Aussi est-il restitué obligatoirement en cas de renvoi de la poursuite ou d'acquittement.

La détention préventive est toujours imputée sur

étudiés précédemment, l'inculpé ne peut être arrêté. Il n'y a pas dans ces hypothèses une véritable mise en liberté provisoire, mais un maintien en état de liberté.

la peine prononcée. Toute détention, dit l'art. 30 du Code pénal, subie avant que la condamnation ne soit devenue irrévocable, par suite de l'infraction qui donne lieu à cette condamnation, sera imputée sur la durée des peines emportant privation de liberté.

Allemagne (1).

La personne mise en état d'accusation est celle contre laquelle une poursuite a été intentée par le ministère public, soit au moyen de conclusions tendant à l'ouverture d'une instruction judiciaire, soit au moyen du dépôt d'un acte d'accusation (art. 155).

L'accusé ne peut être mis en état de détention préventive que dans les deux cas suivants :

1° Lorsqu'il existe contre lui des présomptions graves et qu'il est en même temps soupçonné de prendre la fuite ;

2° Lorsqu'il existe des faits qui permettent de conclure qu'il fera disparaître les traces de l'acte coupable, qu'il déterminera des complices à faire de fausses déclarations ou des témoins à faire de faux témoignages, ou à se soustraire à l'obligation

1. Le Code de procédure pénale a été traduit par M. F. Daguin, Imprimerie nationale, 1884.

de témoigner. Mention de cette circonstance doit être faite dans les actes de la procédure.

La personne mise en état d'accusation est toujours présumée avoir l'intention de prendre la fuite :

1° Lorsque l'infraction qui fait l'objet de l'instruction est un crime ;

2° Lorsqu'elle-même est sans domicile, en état de vagabondage ou dans l'impossibilité de justifier de son identité ;

3° Lorsqu'elle est étrangère et qu'il existe des motifs sérieux de douter qu'elle se présente en justice, sur une simple citation et qu'elle consente à se soumettre aux conséquences du jugement à intervenir (art. 112).

Lorsque l'infraction n'emporte que la peine des arrêts ou de l'amende, l'inculpé ne peut être détenu préventivement que s'il est soupçonné de vouloir prendre la fuite ou s'il est sous la surveillance de la police, ou enfin s'il s'agit d'une contravention à raison de laquelle le condamné peut être mis à la disposition de la haute police (art. 113).

L'arrestation ne peut résulter que d'un mandat d'arrêt décerné par le juge. Ce juge est le juge de bailliage. Dans les affaires qui sont de la compétence des tribunaux régionaux ou de la Cour d'assises, il est délivré pendant l'instruction préalable par le juge d'instruction, après l'ouverture de la procé-

dure principale par la chambre criminelle du tribunal régional, en cas d'urgence par le président du tribunal.

Le Haftebefehl comme le mandat d'arrêt français doit contenir le signalement exact de l'inculpé et indiquer le fait punissable qui lui est imputé, ainsi que le motif de son arrestation.

Le mandat d'arrêt est notifié à l'inculpé au moment de son arrestation ou au plus tard dans les vingt-quatre heures qui la suivent. Le juge a le droit de décerner un mandat d'arrêt sans avoir interrogé l'inculpé (art. 114). Cette obligation qui était édictée par plusieurs codes allemands (Oldenbourg, art. 70 ; Brême, art. 135 ; Thuringe, art. 131 ; Hesse, art. 89 ; Hambourg, art. 54 et 56 ; Lubeck, art. 30 ; Saxe, art. 151, 152, 140 ; Bade, art. 163 ; Wurtemberg, art. 89) a été supprimée par le nouveau code (art. 114).

Le détenu inculpé est soumis à un régime de faveur. La loi allemande est sur ce point plus douce que la loi française. En France le prévenu a seulement droit à certains avantages matériels énumérés par des décrets. En Allemagne la loi elle-même déclare qu'on ne doit imposer au prévenu détenu que les restrictions nécessaires pour s'assurer de sa personne et pour maintenir l'ordre dans la prison. Le code fait dans ce même article 116 des applications de ce principe.

« La personne détenue pourra se procurer, à ses frais, les commodités et les occupations qui sont en rapport avec sa situation et ses ressources personnelles, en tant qu'elles sont compatibles avec le but de la détention et qu'elles ne compromettent ni le bon ordre de la prison, ni la sécurité publique.

« Le détenu ne pourra être mis aux fers dans l'intérieur de la prison que s'il devient particulièrement dangereux, notamment si cette mesure paraît nécessaire pour garantir la sécurité des autres détenus, ou s'il a tenté de se suicider ou de s'évader, ou fait des préparatifs de suicide ou d'évasion (1) ».

L'inculpé dont l'arrestation a été ordonnée uniquement parce qu'on le soupçonnait de vouloir prendre la fuite pourra être dispensé de la détention préventive, à la condition de fournir une caution (art. 117). La mise en liberté provisoire sans caution n'est admise dans aucun cas.

Comme en France, le cautionnement consiste soit dans l'engagement personnel pris par des tiers solvables, soit dans la remise d'un gage, soit dans la constitution d'une hypothèque (art. 118).

Le cautionnement n'empêche pas l'arrestation du prévenu. L'inculpé peut être incarcéré de nouveau s'il fait des préparatifs pour prendre la fuite, s'il

1. Dans ces cas, les mesures dont il vient d'être parlé ne peuvent être prises qu'en vertu d'un ordre du juge.

s'abstient, sans excuse valable, de comparaître sur une citation qui lui est donnée, ou enfin s'il survient des circonstances nouvelles qui rendent son arrestation nécessaire (art. 120).

Le cautionnement fourni par un tiers ne garantit que la représentation de l'inculpé à tous les actes de la procédure et pour l'exécution du jugement. Lorsqu'il est versé par l'inculpé, il peut, comme tous les biens lui appartenant, servir au paiement des amendes et des frais.

Le cautionnement est acquis à l'Etat lorsque l'inculpé ne comparaît pas, ou se soustrait à l'exécution de la peine privative de la liberté prononcée contre lui. La confiscation n'a pas lieu de plein droit. Elle résulte d'un jugement avant lequel l'inculpé est appelé à donner des explications (art. 122). Cette décision judiciaire peut dans les huit jours être attaquée au moyen d'un pourvoi immédiat formé devant la juridiction supérieure.

Le mandat d'arrêt peut être décerné contre une personne non encore accusée, lorsqu'il y a péril en la demeure. Ce droit appartient au juge de baillage (*amtsrichter*) dans le ressort duquel le délit a été commis, ou l'inculpé saisi. Ce mandat d'arrêt a une durée restreinte.

« Le mandat d'arrêt, décerné avant que l'action publique ait été intentée sera levé, lorsque le ministère public en fera la demande ou lorsque dans la

semaine qui suivra l'exécution du mandat, l'accusation publique n'aura pas été intentée, l'emprisonnement maintenu par le juge compétent et l'ordonnance du juge portée à la connaissance du juge de bailliage.

« Si le délai d'une semaine est insuffisant pour préparer et intenter l'action publique, ce délai pourra sur les conclusions du ministère public, être prolongé d'une semaine par le juge de bailliage ; s'il s'agit d'un crime ou d'un délit, ce second délai pourra sur de nouvelles conclusions du ministère public, être prolongé de deux autres semaines » (article 126).

En cas de flagrant délit, les règles sont à peu près les mêmes que celles admises par le droit français Le ministère public, les fonctionnaires de police et du service de sûreté ont le droit de procéder à une arrestation provisoire (article 127), et de conduire immédiatement l'inculpé devant le juge de bailliage dans le ressort duquel l'arrestation aura eu lieu (article 128). Si l'accusation publique a été intentée contre la personne arrêtée, celle-ci doit être conduite devant le tribunal ou le juge d'instruction qui statuera sur la mise en liberté ou sur le maintien en état de détention préventive (article 129).

Les décisions relatives à la détention préventive, y compris celles concernant le cautionnement sont rendues par le tribunal compétent (article 124).

Le Code de procédure pénale allemand admet dans certains cas l'imputation obligatoire de la détention préventive : « la détention préventive subie par l'accusé depuis qu'il aura renoncé à former un recours, ou depuis qu'il aura retiré un recours déjà formé, ou enfin depuis que le délai pour se pourvoir sera expiré sans qu'il ait fait une déclaration à ce sujet sera imputée intégralement sur la durée de la peine privative de liberté qu'il s'agit d'exécuter contre lui » (art. 482).

Cette imputation a lieu quelle que soit la peine prononcée (réclusion, emprisonnement, détention ou arrêts). Dans tous les cas non prévus par l'article 482 le tribunal peut ordonner que la détention préventive subie antérieurement à la condamnation sera imputée sur la durée de la peine (Code pénal, article 60),

Egypte (1).

« En matière correctionnelle la mise en liberté sous caution sera de droit huit jours après le dernier interrogatoire de l'inculpé, s'il a un domicile, et s'il n'a pas subi une condamnation antérieure à

1. Voir dans l'*Annuaire de la législation étrangère*, tome XIII, page 782, une notice faite par M. Vidal Bey, directeur de l'Ecole de droit du Caire.

plus d'une année d'emprisonnement » (article 106).

« En matière criminelle, la mise en liberté provisoire ne sera pas de droit, mais le juge d'instruction aura la faculté de l'ordonner sous caution » (article 107).

« Dans tous les cas, l'inculpé d'un fait qualifié, crime qui aura été mis en liberté provisoire, sera arrêté en vertu de l'ordonnance du juge d'instruction qui le renverra devant le tribunal criminel de première instance » (article 112).

« La durée des peines temporaires de liberté commencera pour ceux qui sont en état de détention préventive, du jour où la condamnation est devenue irrévocable, à moins que le condamné ne se soit pas pourvu, ou que, en conséquence de son pourvoi, la peine n'ait été diminuée, auquel cas la durée de la peine commencera à partir de la sentence attaquée » (Code pénal article 20) (1).

Espagne (2).

Lorsque le prévenu ne comparaît pas sur une simple citation, il peut être mis en état de détention préventive. La détention préventive est obligatoire

1. Codes égyptiens : Alexandrie, 1875. Le Code de procédure pénale a été modifié par un décret du 13 novembre 1883.

2. Code de procédure espagnol du 14 septembre 1882 ; *Annuaire de législation étrangère*, 12e volume, page 696.

en cas de flagrant délit et si le fait est puni d'une peine supérieure à la prison correctionnelle, si les antécédents du prévenu font craindre qu'il ne comparaisse pas.

Dans les trois jours de l'arrestation le juge doit suivant les circonstances mettre le prévenu en liberté ou sous mandat d'arrêt. Le mandat est signifié au ministère fiscal et au prévenu. L'interdiction de communiquer ne doit durer que le temps strictement nécessaire et en règle générale jamais plus de cinq jours ; elle peut être prononcée une seconde fois pour trois jours seulement.

Lorsqu'il s'agit d'un délit puni d'une peine correctionnelle, le juge décide s'il doit ou non laisser le prévenu en liberté provisoire avec ou sans caution. S'il accorde la mise en liberté sous caution, il en fixe le montant par ordonnance. Les ordonnances relatives à la détention préventive et à la mise en liberté sont provisoires. Le prévenu peut être repris ou mis en liberté suivant les circonstances ; le cautionnement peut être augmenté ou diminué.

« Ne sont pas considérés comme des peines l'incarcération et l'emprisonnement préventif d'un inculpé » (article 25 du Code pénal).

Bosnie et Herzégovine (Code de procédure pénale du 30 janvier 1891).

Ce Code s'est préoccupé de restreindre la détention préventive et d'en diminuer la durée. Il n'admet pas la détention préventive basée sur ce seul fait que l'infraction a causé un scandale public.

La liberté provisoire peut être demandée même en matière criminelle. Lorsque l'infraction est punie d'une peine ne dépassant pas cinq ans de réclusion, la liberté provisoire sous caution est de droit. La caution peut consister dans le simple engagement personnel pris par un tiers (1),

Hongrie (Code pénal du 28 mai 1878).

« La durée d'une longue détention subie par un prévenu sans qu'il y ait de sa faute, sera imputée sur la peine privative de la liberté ou sur l'amende. Le jugement déterminera toujours, dans ce cas, dans quelle proportion la peine doit être considérée comme subie en raison de la détention préventive. Toutefois la prison préventive ne peut remplacer qu'une durée au plus égale à la peine privative de liberté » (2).

1. V. *Bulletin de la société de législation comparée*, livraison d'avril-mai 1892, p. 398, étude de M. Mayer.

2. Codes hongrois de Martinet et Dareste (Paris, 1885).

Italie.

« L'incarcération subie avant que la sentence ne soit devenue irrévocable se déduit de la durée totale de la peine temporaire restrictive de la liberté personnelle » (1).

Code pénal du Tessin.

« La durée de la prison préalable pourra être imputée sur la peine en partie ou en totalité. Un jour de prison sera compté pour un jour de réclusion ou de détention, pour deux jours d'interdiction et pour cent francs d'amende » (art. 33).

Canton de Vaud (loi du 23 mars 1886).

« Le tribunal qui prononce une condamnation à la réclusion, à l'emprisonnement, ou à l'internement dans une colonie agricole et industrielle peut, s'il fait application du minimum de la peine décider que la durée de la détention préventive sera imputée sur le temps pour lequel la condamnation est prononcée ; dans ce cas, le tribunal est tenu de mentionner dans son jugement le nombre de jours de la détention préventive subie par le condamné.

Toutefois si la durée de la détention préventive

1. Code pénal italien du 30 juin 1889, traduction Lacointa (Paris, 1890).

est supérieure à celle de la condamnation prononcée le condamné ne peut être mis en liberté avant l'expiration du délai de recours, ni, s'il y a recours, avant l'arrêt rendu par la Cour de cassation pénale » (article 230).

Code pénal de Newenburg.

« La détention préventive même subie hors du canton peut être portée partiellement ou totalement en déduction de la durée de la peine dans le jugement prononçant la réclusion ou l'emprisonnement.

Elle devra l'être lorsque le coupable hors le cas de flagrant délit, a fait des aveux complets dès le premier interrogatoire (article 20).

Compte général de l'administration de la justice en France pour l'année 1896.

TABLEAU LVII. — Nombre des individus soumis à la détention préventive. Durée de la détention.

1° Moins d'un jour	8.323
2° D'un à trois jours	37.393
3° De quatre à huit jours	28.847
4° De neuf à quinze jours	14.650
5° De seize jours à un mois	11.004
6° Plus d'un mois	11.162
Total	111.379

TABLEAU LVIII. — Durée de la détention preventive en distinguant les diverses phases de l'instruction. — Mise en liberté provisoire.

A. Durée de la détention préventive en distinguant les diverses phases de l'instruction.

Mesures prises à l'égard des individus dont la détention a cessé pendant l'année			*Durée de la détention préventive à partir du jour de l'écrou.*					
			moins d'1 jour	d'un à 3	de 4 à 8	de 9 à 15	de 16 j. à 1 mois	de plus d'1 mois	Total
Nombre des individus à l'égard desquels la détention préventive a pris fin dans l'année du compte	1° Par la mise en liberté ordonnée par le Ministère public		4.595	11.304	2.536	367	100	10	18.912
	2° Par la mise en liberté provisoire		207	808	1.084	1.024	876	533	4.532
	3° Par des ordonnances de non-lieu		36	192	898	1 274	1.019	602	4.021
	Par des jugements ou arrêts de la juridiction correctionnelle	Acquittés ou remis à leurs parents	54	620	1.052	564	409	389	3.088
		Condamnés à l'emprisonnement — Trois mois ou moins	2.867	18.671	16.923	7.280	4.387	2.367	52.495
		Condamnés à l'emprisonnement — Plus de trois mois	436	4.658	5.222	3.477	3.364	4.883	22.040
		Condamnés à l'emprisonnement — A l'amende seulement	120	1.009	1.026	437	109	22	2.723
Par le renvoi devant la Chambre des mises en accusation			1	6	31	153	643	2.286	3.120
Pour tout autre motif			7	125	75	74	97	70	448
Totaux			8.323	37.393	28.847	14.650	11.004	11.162	111.379

Nombre des prévenus condamnés à l'emprisonnement à l'égard desquels le jugement ou arrêt a ordonné que l'imputation de la détention préventive sur la durée de la peine n'aurait pas lieu 1.393

B. Mise en liberté provisoire.

Nombre des inculpés mis en liberté provisoire.....	Par suite de la mainlevée du mandat de dépôt en matière de.....	crime.....	406
		délit.....	3.604
Conformément aux articles 129 et 131 du Code d'instruction criminelle.....			52
En vertu de l'article 113, § 2, du Code d'instruction criminelle.....			157
Par application de l'article 5 de la loi du 20 mai 1863.....			71
Sur requête en matière de		crime.....	46
		délit.....	196
		Total.....	4.532

Proposition de loi déposée à la Chambre des députés le 30 juin 1899 par M. Georges Berry, et renvoyée à la Commission de législation criminelle.

J. O. Annexe numéro 1080, Documents parlementaires, page 2543

Article unique. — En matière correctionnelle, la mise en liberté provisoire est de droit en faveur du prévenu non domicilié et non récidiviste cinq jours au plus tard après l'arrestation lorsque le maximum de la peine est inférieur à deux ans.

En matière criminelle, en matière correctionnelle, et lorsque la liberté provisoire est refusée par le juge, l'inculpé peut, par simple déclaration au greffe de la prison, former opposition devant le tribunal correctionnel qui doit statuer dans les cinq jours après débat contradictoire et à huis-clos.

BIBLIOGRAPHIE

Annuaire de la législation étrangère. T. XII et t. XIII.

Pierre Ayrault. L'ordre, formalité et instruction judiciaire des Anciens, 4e édition.

Beaumanoir. Etablissements de St-Louis, édition Rapetti.

— Coutumes de Beauvoisis, édition Beugnot.

Bioche. Dictionnaire de procédure civile.

Blanche. Etudes pratiques sur le Code pénal, 2e édition.

Boitard. Leçons de droit criminel, 13e édition.

Bouteiller. Somme rurale, édition Carondas.

Bulletin de la société de législation comparée.

Ch. Cambon. De la poursuite et de l'instruction des flagrants délits, Th. Bordeaux, 1897.

E. Camuset, De la détention préventive, Th. Dijon, 1897.

Chauveau et Hélie. Théorie du Code pénal, 5e édition.

Dalloz. Répertoire alphabétique et Supplément.

Maurice Deis. De la délégation des actes de l'instruction criminelle, Th. Lyon, 1895.

G. Defontaine. De l'arrestation et de la mise en liberté provisoire, Th. Douai, 1886.

F. Daguin. Traduction du Code de procédure allemand, Imprimerie nationale, 1884.

A. Delvaille. De la déduction de la détention préventive, Th. Bordeaux, 1895.

Dutruc. Code de la détention préventive, Paris, 1866.

Duverger. Manuel du juge d'instruction.
Esmein. Histoire de la procédure criminelle, Larose et Forcel, éditeurs, Paris, 1882.
Faustin-Hélie Traité de l'instruction criminelle, 2e édition, 1867.
Raoul Filhos. De la détention préventive, Th. Paris, 1898.
Flamand. Etude sur la détention préventive et la liberté provisoire, Th. Paris, 1877.
Garraud. Traité de droit pénal français, 2e édition, Paris, 1898.
Glasson. Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre.
Goulé. De la détention préventive, Th. Paris, 1893.
Imbert. Pratique, édition de 1604.
Isambert. Recueil des ordonnances.
Laborde. Cours élémentaire de droit criminel, Paris, 1897.
F. Labori. Répertoire du droit français.
Lasserre et Villanova. De l'imputation de la détention préventive, Paris, 1893.
Maurice Le Courtois. Des actes de gouvernement, Thèse Poitiers, 1899.
Legraverend. Législation criminelle, 3e édition, 1830.
Mangin. Traité de l'instruction écrite.
Mesnard. De l'imputation de la détention préventive, Lois nouvelles, I, p. 15 janvier et 1er février 1893.
Mittermaier. Traité de la procédure criminelle en Angleterre, traduit par A. Chauffard, 1868.
A. Morin. Journal de droit criminel.
Normand. Traité de droit criminel, A. Pedone, éditeur, Paris, 1896.
Ortolan et Bonnier. Eléments de droit pénal, édition de 1875.
Sarraute. Manuel théorique et pratique du juge d'instruction, Paris, 1890.
Ed. Seligman. Des indemnités aux victimes des erreurs judiciaires (Revue politique et parlementaire du 5 juillet 1895).
Sirey. Recueil général des lois et arrêts.

Thonissen. Le droit pénal de la République athénienne, éditeurs Durand et Pédone-Lauriel, Paris.
H. Vallée. Etude historique sur le droit criminel de Rome à l'époque royale, Thèse Caen, 1897.
Bulletin des lois.
Circulaires du ministre de la justice.
Gazette du palais.
Gazette des tribunaux.

VU,

Le professeur, président de la Thèse,

NORMAND.

VU,

Le Doyen de la Faculté,

LE COURTOIS.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie de Poitiers,

CONS.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

Introduction 1

Chapitre premier. — Historique de la détention préventive 3

Section I. — La détention préventive en Grèce et à Rome 3

Section II. — De la détention préventive dans l'ancien droit français et dans le droit intermédiaire 8

§ 1. — De la détention préventive dans la procédure accusatoire des cours féodales. 8

§ 2. — De la détention préventive aux XIV^e^ et XV^e^ siècles 10

§ 3. — De la détention préventive d'après les ordonnances de 1498 et de 1539 11

§ 4. — De la détention préventive d'après l'ordonnance de 1670 14

§ 5. — La détention préventive, de l'ordonnance de 1670 à la promulgation du Code d'instruction criminelle 15

Chapitre II. — Des actes qui ont pour effet d'entraîner la détention préventive 19

Titre I. — Des mandats de dépôt et d'arrêt 19

Section I. — Du mandat de dépôt 19

Section II. — Du mandat d'arrêt 38

Section III. — Des voies de recours contre les mandats de dépôt et d'arrêt..... 40
Titre II. — De l'ordonnance de prise de corps.... 41
Titre III. — Du point de départ de la détention préventive..... 42
Titre IV. — Des cas dans lesquels la détention préventive peut être ordonnée..... 48
Chapitre III. — Effets de la détention préventive..... 50
Titre I. — Effets de la détention préventive sur la situation matérielle des prévenus..... 50
Section I. — Régime des maisons d'arrêt et de justice..... 50
Section II. — De la mise au secret ou interdiction de communiquer..... 53
Titre II. — Effets de la détention préventive sur l'exécution de la peine prononcée..... 57
Section I — Historique..... 57
Section II. — Du caractère de l'imputation. 65
Section III. — Des applications du principe de l'imputation..... 69
Section IV. — Etendue d'application du principe de l'imputation..... 84
§ 1. — Des peines auxquelles s'applique l'imputation..... 84
§ 2. — Détentions préventives auxquelles s'applique l'imputation..... 86
§ 3. — Tribunaux devant lesquels le principe de l'imputation est appliqué.. 90
§ 4. — De la non-rétroactivité de la loi du 15 novembre 1892..... 93
§ 5. — Etendue d'application de la loi du 15 novembre 1892 au point de vue du territoire..... 94
Section V. — Des tribunaux compétents pour statuer sur les difficultés auxquelles peut donner lieu l'imputation..... 94
Chapitre IV. — Des causes qui suspendent la détention préventive..... 97

Titre I. — De la main-levée des mandats de dépôt et d'arrêt 98
Titre II. — De la mise en liberté provisoire..... 102
Section I. — De la mise en liberté provisoire de droit..... 104
Section II. — De la mise en liberté provisoire facultative 109
Section III. — Du cautionnement 118
Titre III. — Des autres événements qui suspendent la détention préventive..... 126
Chapitre V. — Des événements qui mettent fin à la détention préventive 128
Chapitre VI. — Des réformes apportées à la législation sur la détention préventive 135
Section I. — Des lois qui ont eu pour effet de diminuer la durée de la détention préventive.... 136
Section II. — Des lois qui ont eu pour effet de rendre la détention préventive plus rare..... 139
Section III.— Des lois qui ont eu pour effet d'améliorer la situation du prévenu détenu..... 141
Section IV. — Des lois ou projets de loi accordant une indemnité aux prévenus détenus renvoyés des fins de la poursuite..... 142
§ 1. — Historique..... 142
§ 2. — Des recours accordés par la législation actuelle aux prévenus renvoyés des fins des poursuites..... 144
§ 3. — Du caractère de l'indemnité à attribuer aux prévenus détenus renvoyés des fins des poursuites..... 151
§ 4. — De l'indemnité à attribuer aux prévenus ayant bénéficié d'une ordonnance ou d'un arrêt de non-lieu..... 155
§ 5. — L'indemnité doit-elle être indistinctement attribuée à tous les prévenus renvoyés des fins des poursuites ou seulement à ceux dont l'innocence a été reconnue ?.. 157

Conclusion..... 159
Annexes..... 167
Droit comparé..... 167
Angleterre..... 167
Autriche..... 171
Belgique..... 173
Allemagne..... 177
Egypte..... 183
Espagne..... 184
Bosnie et Herzégovine..... 186
Hongrie..... 186
Italie..... 187
Suisse..... 187
Extrait du compte général de l'administration de la justice criminelle en France (année 1896)..... 188
Proposition de loi déposée à la Chambre des députés le 30 juin 1899., par M. G. Berry..... 190
Bibliographie..... 191

Laval. — Imprimerie parisienne L. BARNÉOUD & C^ie^.